
Д 10
342

Д 311

Д 10/342

ИСХОДНЫЕ МОМЕНТЫ УЧЕНІЯ

О ЗАКЛАДНОМЪ ПРАВѢ.

АЛЕКСАНДРА МИНЕРВИНА.

ЯРОСЛАВЛЬ.
1874.

Д 10/342
801-97
2146-0
Д 9/341

ИСХОДНЫЕ МОМЕНТЫ УЧЕНІЯ

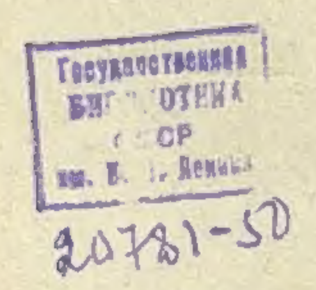
О ЗАКЛАДНОМЪ ПРАВѢ.

АЛЕКСАНДРА МИНЕРВИНА.

ЯРОСЛАВЛЬ.
Въ типографіи Губернскаго Правленія.
1874.

Печатано по опредѣлен. Совѣта Демидовскаго Юридическаго Лицея

Директоръ М. Капустинъ.





Въ настоящемъ сочиненіи мы разсмотримъ четыре вопроса въ ученіи о закладномъ правѣ, а именно: a) исторію образованія закладнаго права, b) понятіе закладнаго права, c) отличіе его отъ другихъ правъ на чужую вещь и d) виды закладнаго права. Вопросы эти до того существенны для теоріи закладнаго права, что отъ того или другаго рѣшенія ихъ зависитъ вся ея конструкція, такъ что въ этомъ смыслѣ справедливо ихъ можно назвать исходными моментами ученія о закладномъ правѣ.

ГЛАВА ПЕРВАЯ.

ИСТОРІЯ ОБРАЗОВАНІЯ ЗАКЛАДНАГО ПРАВА.

I. Цѣль института.

Закладное право возникло и существуетъ какъ средство доставить вѣрителю обезпеченіе реализаціи его права требованія. Право требованія само по себѣ не даетъ вѣрителю достаточнаго ручательства въ томъ, что требованіе будетъ выполнено въ опредѣленное время и условленнымъ образомъ. Его основаніе есть довѣріе къ лицу; полномочіе, которое оно даетъ вѣрителю, есть право на дѣйствіе имущественной стоимости со стороны того лица, которое обязалось его выполнить. Средство для осуществленія требованія, въ случаѣ невыполненія его самимъ обязаннымъ лицомъ, заключается въ его имуществѣ. Въ этой возможности получить удовлетвореніе изъ имущества должника, въ случаѣ невыполненія имъ самимъ требованія, состоитъ преимущественно та гарантія, которую вѣритель имѣетъ въ виду, вступая въ обязательственное отношеніе. Но эта гарантія невсегда можетъ дать вѣрителю твердую увѣренность, что долговое требованіе будетъ дѣйствительно выполнено. Въ случаѣ неудовлетворенія требованія должникомъ, когда оно судомъ будетъ признано безспорнымъ, онъ имѣетъ право получить удовлетвореніе только изъ того имущества, которое окажется у него на ли-

цо въ минуту взысканія. Если случится нѣсколько вѣрителей, то, хотя бы обязательство одного было заключено съ должникомъ ранѣе другихъ, всѣ они имѣютъ одинаковое право на имущество, хотя бы этого имущества было достаточно для покрытія только одного требованія. Если же въ минуту взысканія у должника не окажется никакого имущества, хотя бы оно и было у него въ минуту заключенія извѣстнаго обязательства, и хотя бы вѣритель, главнымъ образомъ имѣя въ виду это имущество, оказывалъ довѣріе должнику, право требованія его останется безъ выполненія. Вѣрителю остается одно—подвергнуть несостоятельнаго должника личному аресту. Но это средство, не говоря уже о томъ, что оно не соотвѣтствуетъ прямо существу обязательственнаго права, есть во 1-хъ, экономически вредное; во 2-хъ, въ своемъ приложеніи оно *можетъ* оказываться несправедливымъ, такъ какъ въ основѣ оно предполагаетъ, что должникъ можетъ, но злонамѣренно не хочетъ выполнять требованіе, а это очень часто бываетъ совершенно невѣрно. Наконецъ, требованіе почти всегда и при употребленіи этого послѣдняго средства остается у вѣрителя безъ выполненія. Вслѣдствіе этого въ послѣднее время раздаются сильные голоса противъ такого порядка долговыхъ взысканій. Въ большинствѣ европейскихъ законодательствъ законы о долговомъ арестѣ уже отмѣнены, и, какъ извѣстно, вопросъ о такой же отмѣнѣ возбужденъ у насъ.

При такомъ свойствѣ права требованія, естественно является необходимость въ другаго рода средствахъ, которыя бы служили обезпеченіемъ выполненія требованія. Одно изъ такихъ средствъ представляетъ институтъ поручительства (cautio fidejussoria). Присоединяя къ праву требованія поручительство, вѣритель получаетъ болѣе твердую гарантію относительно выполненія его требованія, чѣмъ какую даетъ ему одно главное обязательство. Поручительство представляетъ вѣрителю не одну только моральную гарантію (служитъ свидѣтельствомъ экономической и моральной благонадежности должника), но и имущественную, такъ какъ въ случаѣ

невыполненія должникомъ требованія и невозможности получить удовлетвореніе изъ его имущества, вѣритель получаетъ право требовать выполненія обязательства отъ поручителей точно такъ, какъ бы они сами были его должниками, такъ что вѣритель, чрезъ поручительство, кромѣ главнаго должника, имѣетъ столько должниковъ, сколько будетъ поручителей. Но естественно, поручительство только тогда достигаетъ своей цѣли, только тогда представляетъ *дѣйствительную* гарантію относительно выполненія права требованія, когда поручители не только въ минуту заключенія обязательства, но и въ минуту его выполненія будутъ состоятельны произвести уплату. Если же поручители сами окажутся несостоятельными въ минуту взысканія, то право требованія всетаки останется безъ выполненія. Нужна слѣд. въ иныхъ случаяхъ иная гарантія, болѣе крѣпкая, чѣмъ поручительство. Такую гарантію можетъ дать только такая юридическая сдѣлка, посредствомъ которой одна вещь или нѣсколько вещей, могущихъ послужить для выраженія имущественной стоимости требованія, становились бы отвѣтственными вѣрителю съ минуты заключенія обязательства на случай невыполненія его обязаннымъ лицомъ. Plus cautionis, говоритъ справедливо Помпоній, est in re, quam in persona (l. 25 D. de R. I. 50, 17).

Такою сдѣлкою, самою цѣлесообразною изъ всѣхъ возможныхъ сдѣлокъ подобнаго рода, является установленіе обезпеченія посредствомъ отдачи вещи въ залогъ или закладное право (pignus), которое въ этомъ случаѣ также является акцессорнымъ правомъ, какъ и поручительство, такъ что въ этомъ смыслѣ справедливо можно вмѣстѣ съ Арндтсомъ назвать его «вещнымъ поручительствомъ.» Въ силу этого права вѣритель, въ случаѣ неудовлетворенія требованія его должникомъ, уполномочивается требовать вещи, назначенной отвѣчать за долгъ, и чрезъ упражненіе надъ ней своего закладнаго права получить изъ ея стоимости удовлетвореніе, будетъ ли эта вещь въ имуществѣ должника или другаго лица.

II. Юридическія сдѣлки, существовавшія въ Римѣ для цѣлей вещнаго обезпеченія вѣрителя до возникновенія закладнаго права.

Закладное право, какъ самостоятельный институтъ, съ своимъ особымъ, свойственнымъ его назначенію содержаніемъ, съ формою, соотвѣтствующею его цѣли и содержанію, въ Римскомъ правѣ образовалось поздно. Оно, какъ таковое, является въ Римѣ только въ концѣ республики. Въ продолженіи этого долгаго времени кредитъ однако не оставался безъ возможности обезпеченія. Обезпеченіе кредита возможно было и въ это время; только юридическія сдѣлки, посредствомъ которыхъ оно установлялось, были по существу своему иныя, чѣмъ та сдѣлка, подъ которой мы разумѣемъ залогъ вещей. Между закладнымъ правомъ и этими сдѣлками общая черта одна,—это что посредствомъ нихъ достигалась таже цѣль, для которой существуетъ закладное право т. е. что онѣ *могли* служить тоже для вещнаго обезпеченія кредита.

Такихъ сдѣлокъ, которыя служили въ это время для установленія вещнаго обезпеченія, существовало у Римлянъ двѣ: 1) цивильная—fiducia и 2) натуральная—pignus.

Обѣ эти сдѣлки хотя были извѣстны Римлянамъ уже весьма рано, [1]) однако долгое время, почти до образованія особаго института закладнаго права, онѣ имѣли въ жизни незначительное приложеніе. Причина этого явленія не въ томъ, что будто бы въ древнемъ Ри-

---

1) Эти два рода установленія залога, говоритъ Бахофенъ, были извѣстны Римлянамъ съ первыхъ временъ ихъ исторіи, цивильная и натуральная, fiducia и pignus.» Das römische Pfandrecht. Basel 1847. стр. 1. 5.

мѣ преобладало довѣріе къ личной честности должника, въ силу котораго достаточно было для обезпеченія обязательственнаго отношенія одного лишь словеснаго ручательства гражданина [2]); равно не было единственною причиною этого явленія и то обстоятельство, что сдѣлки, посредствомъ которыхъ совершалось вещное обезпеченіе, мало соотвѣтствовали той цѣли, для которой ихъ употребляли. Главная причина этого явленія, по нашему мнѣнію, кроется въ особомъ характерѣ древняго долговаго права. Особенность эта заключалась въ томъ, что старое право давало вѣрителю такую сильную личную гарантію въ выполненіи долговаго требованія, какой мы вовсе не находимъ въ позднѣйшемъ развитіи обязательственнаго права. Въ виду этихъ особенностей старой системы не было настоятельной необходимости постоянно и непосредственно обращаться къ вещамъ, какъ къ средству обезпеченія кредита.

Древняя сдѣлка—nexum или точнѣе nexi datio. [3]) посредствомъ которой установлялось обязательственное право, была совершенно не тождественна по своему понятію съ реальнымъ контрактомъ, развившимся впослѣдствіи изъ этой сдѣлки, съ договоромъ займа-mutuum. Nexum, по своему характеру, былъ строго формальный контрактъ, который могъ имѣть совершенно другое содержаніе, чѣмъ то, которое необходимо должно существовать въ договорѣ займа [4]). Mutuum, какъ

---

2) Такого мнѣнія Дыдынскій.. См. Залогъ по римскому праву Варшава. 1872 г. стр. 3—6.

3) Nexum даютъ такое опредѣленіе источники: Nexum, Mamilius scribit, omne quod per libram et aes geritur, in quo sint mancipia. Mutius, quae per aes et libram fiant, ut obligentur, praeter quae mancipio dentur. (Varr. de LL 7. 5 § 105). Nexum est, ut ait Gallus Aelius, quodcunque per aes et libram geritur, idque necti dicitur, quo in genere sunt haec: testamenti factio, nexi dando (l. datio), nexi liberando (l. liberatio) Fest. p. 165. Подробное толкованіе этихъ мѣстъ дѣлаетъ Huschke въ своемъ сочиненіи: Ueber das Recht des Nexum und das alte Römische Schuldrecht. 1846 стр. 2—48.

4) Huschk. cit. стр. 46.

матеріальный контрактъ, всегда долженъ имѣть одно опредѣленное, сообразное существу сдѣлки, содержаніе. Чтобы nexum имѣлъ дѣйствительную силу, для этого не было существенно, чтобы матеріальные реквизиты сдѣлки были на лицо; для него было необходимо только одно—выполненіе торжественнаго обряда per aes et libram. Необходимыми принадлежностями этого обряда, кромѣ наличности заинтересованныхъ сторонъ, были: присутствіе держателя вѣсовъ (libripens), не менѣе пяти свидѣтелей 5) (они, какъ извѣстно, должны быть testes rogati, непремѣнно мужи-puberes, ибо женщины не имѣли communio comitiorum; непремѣнно puberes, cives Romani) и произнесеніе торжественныхъ, соотвѣтствующихъ сдѣлкѣ, словъ, въ слѣдующей формулѣ:

Quod ego tibi mile libras hoc aere aeneaque libra nexas dedi, eas tu mihi post annum jure nexi dare damnas esto 6).

Въ договорѣ займа—nexum—въ случаѣ неисполненія обязательства изъ него—неуплаты въ срокъ долга, кредиторъ, какъ извѣстно, имѣетъ право только предъявить искъ и получить удовлетвореніе изъ имущества должника, такъ какъ, скажемъ словами закона Poetilia Papiria, это обязательство, по самому его существу, bona debitoris, non corpus obnoxium est.

---

5) Gaj 1. § 119: non minus, quam quinque testibus. Такое число требовалось со времени раздѣленія народа на пять классовъ Сервіемъ Тулліемъ; они являлись представителями цѣлаго римскаго народа.

6) Первоначальное назначеніе обряда per aes et libram, посредствомъ котораго совершался nexum, по мнѣнію Беккера, было не только то, чтобы передавать деньги, но прежде всего, чтобы *создать деньги*, такъ какъ въ то время, когда не было чеканки монеты, достоинство денегъ имѣлъ не всякій взвѣшенный кусокъ металла, а только тотъ, который освящался при публичномъ взвѣшиваніи въ присутствіи свидѣтелей. Отсюда Беккеръ заключаетъ, что nexum возникъ съ появленіемъ въ Римѣ денежнаго хозяйства. Die Actionen des röm. Privatrechts ч. 1. стр. 22 и 23.

Совершенно другія послѣдствія наступаютъ въ случаѣ неисполненія обязательства изъ nexum. Обыкновенно, если должникъ не уплачивалъ въ срокъ долга въ продолженіи 30-ти дней, такъ называемые dies justi, и въ это время не послѣдовало никакого pactum съ вѣрителемъ [7]), и въ тоже время онъ не отрицалъ дѣйствительности требованія вѣрителя, то послѣдній *собственною властію*, безъ всякаго судебнаго приговора, въ *силу самого контракта* имѣлъ право manu injecta ducere—схватить должника, гдѣ встрѣтитъ, и вести въ судъ, но не для того, чтобы онъ защищалъ себя, а чтобы выполнилъ требованіе [8]). Если бы должникъ рѣшился отрицать долгъ, тогда могъ начаться процессъ, при условіи, что третье лицо (vindex) вступалось за него, поелику онъ самъ уже не могъ manum sibi depellere и pro se lege agere [9]). Особенность этого процесса была та, что въ случаѣ проигрыша его, vindex присуждался in duplum [10]). Если же должникъ не уплачивалъ долга на судѣ или не могъ представить посредника (vindex), то онъ отдавался въ руки кредитора, который могъ вести его къ себѣ въ домъ и тамъ подвергнуть его заключенію или заковать въ цѣпи [11]). Въ та-

---

7) Gell. XX. 1. Erat autem jus interea paciscendi, ac nisi pacti forent, habebantur in vinculis dies sexaginta.

8) Post deinde (послѣ 30-ти дней) manus injectio, говоритъ законъ XII т. относительно judicati Что въ nexum вѣритель въ *силу самаго контракта* имѣлъ право manu injecta ducere должника,—объ этомъ свидѣтельствуютъ Діонисій и Ливій. Мѣста изъ этихъ писателей относительно этого вопроса приведены и объяснены въ выше указанномъ соч. Гушке стр. 55. 58—65.

9) Gai IV, 21.

10) Что присужденіе шло на duplum, это видно изъ Gai. IV, 171. Huschke cit., стр. 96.

11) Gai IV, 21. qui vindicem non dabat, domum ducebatur ab actore et vinciebatur. Sexaginta dies, говоритъ законъ XII табл., in vinculis eum retinere. Liv. 2, 23... domi a civibus captos et obpressos esse... ductum se a creditore non in servitutem, sed in ergastulum et carnificinam. s. 24: ne quis civem Romanum vinctum aut clausum teneret.

комъ положенiи должникъ находился 60-тъ дней. Въ продолженiи этого времени однако должникъ сохранялъ юридически всѣ права: и jus publicum, и jus familiae или privatum. Только фактически онъ не могъ уже осуществлять эти права и становился въ рабское отношенie. И не только онъ самъ, но если онъ былъ pater familias, то въ силу nexum, чрезъ него и съ нимъ, вступали въ такое же состоянie и дѣти его, находящiяся подъ его властiю, и самое имущество его поступало во владѣнie кредитора [12]). Въ теченiи этого времени должника выводили въ три ярмарочные дня на рынокъ и провозглашали, за что онъ отданъ кредитору, чтобы дать случай желающему, ради публичнаго интереса, спасти государству гражданина, заплативъ за него долгъ. Если по прошествiи 60-ти дней не воспослѣдуетъ уплаты, тогда наступаетъ потеря правоспособности, и вѣритель получаетъ право предать должника смерти или продать его иностранцамъ вмѣстѣ съ его дѣтьми [13]). Что касается его имущества, то оно подвергалось продажѣ [14]). Если у должника было нѣсколько кредиторовъ, то, по буквѣ закона, они могли его in partes secare: tertiis nundinis, гласитъ этотъ законъ, partes secanto; si plus minusve secuerunt, se (sine) fraude esto [15]). Впрочемъ, хотя кредитору и пре-

---

12) Такъ Ливiй приводитъ во 2 кн. 24 гл. эдиктъ Сервилiя, въ которомъ запрещается имущество и familiam должника, взятаго на войну, имѣть во владѣнiи и продавать. Ср. Huschke cit. примѣч. 88.

13) Gell. XX. 1. Tertiis nundinis capite poenas dabant aut trans Tiberim peregre venum ibant.

14) Huschke cit стр. 86—88.

15) Съ современной точки зрѣнiя намъ кажется такой законъ совершенно немыслимымъ. «Можно ли, говоритъ Гушке, допустить законъ, который предписываетъ не просто умерщвленie, но присвоенie столькихъ частей мяса и костей, сколько велико было требованie? Вслѣдствie этого Гушке, равно какъ и другie писатели, думаетъ что въ этомъ законѣ говорится не о dissectio corporis, но о sectio familiae—о публичной продажѣ имущества.

доставлялось такое безграничное право надъ несостоятельнымъ должникомъ, оно въ жизни едвали примѣнялось, по крайней мѣрѣ исторія не сохранила намъ ни одного примѣра dissectionis corporis [16]). Какъ отдѣльный кредиторъ, такъ равно, въ случаѣ конкурса, многіе изъ нихъ, ради собственнаго интереса, пользовались конечно охотнѣе вторымъ средствомъ для удовлетворенія своего требованія—продажею несостоятельнаго вмѣстѣ съ его дѣтьми иностранцамъ (trans Tiberim), а что всего чаще вѣроятно случалось—оставляли его у себя *вмѣсто раба*, такъ какъ по римскому праву гражданинъ не могъ быть вполнѣ рабомъ, пока оставался въ предѣлахъ своего государства.

При такомъ свойствѣ древняго долговаго права неудивительно, что nexum является долгое время гос-

---

(Huschke cit 90—93).Однако, этотъ законъ предписывалъ именно то, что кажется *намъ* немыслимымъ—dissectio corporis, это доказываютъ самые римскіе писатели, которые толкуютъ этотъ законъ именно въ этомъ смыслѣ. Таковы Геллій, Тертуліанъ и Квинтиліанъ. Si plures forent, говоритъ Геллій, quibus reus esset judicatus, secare, si vellent, atque partiri corpus addicti sibi hominis permiserunt. Et quidem verba ipsa legis dicam, ne existimes invidiam me istam forte formidare: Tertiis nundinis..... Sunt enim quaedam, говоритъ Квинтиліанъ, non lavdabilia natura, sed jure concessa, ut in XII tabulis debitoris corpus inter creditores dividi licuit, quam legem mos publicus repudiavit. (Instit. Orat. I 3, 6 § 84). Sed et judicatos in partes secari a creditoribus leges erant: consensu tamen publico crudelitas postea erasa est, et in pudoris notam capitis paena conversa est, bonorum adhibita proscriptione: suffundere maluit hominis sangvinem, quam effundere (Tert. Apol. c. 4). Въ виду такого толкованія самими римскими писателями, намъ кажется, нѣтъ достаточнаго основанія прибѣгать къ противоположному пониманію его. То основаніе, что этотъ законъ, въ его буквальномъ смыслѣ, намъ, съ современной точки зрѣнія, кажется чѣмъ то немыслимымъ, не есть еще достаточное, чтобы давать ему другой смыслъ, чѣмъ какой придавали сами римскіе писатели.

16) Gell. l. c. addici namque nunc et vinciri multos videmus, quia vinculorum poenam deterrimi homines contemnunt. Dissectum esse antiquitus neminem equidem neqve legi neqve audivi, qvoniam saevitia ista poenae contemni non quita est.

подствующей формой обязательства. Право требованія, благодаря этой сдѣлкѣ, въ большинствѣ случаевъ могло обойтись безъ присоединенія вещнаго обезпеченія [17]).

---

17) Такое преобладаніе nexum надъ сдѣлками для установленія вещнаго обезпеченія становится еще понятнѣе, если мы перенесемся въ тѣ условія общественной жизни, въ которыхъ такому долговому праву пришлось существовать и дѣйствовать, если мы посмотримъ, кому приходилось быть вѣрителемъ и кому преимущественно приходилось занимать. Классъ, въ которомъ въ древнее время преимущественно сосредоточивалось богатство, были патриціи, которые, въ силу революціи противъ монархіи, въ тоже время сдѣлались и исключительно господствующимъ. Военная служба, столько тягостная въ то время, такъ какъ она отправлялась на счетъ самихъ граждапъ (жалованье, aes militare, встрѣчается только въ половинѣ четвертаго вѣка. см. Liv IV, 59), для патриціевъ и ихъ кліентовъ, при ихъ богатствѣ, не была особенно тягостна и даже, въ случаѣ успѣха, доставляла большую прибыль, такъ какъ та треть земли, которая, въ случаѣ завоеванія, всегда отбиралась отъ коренныхъ жителей въ собственность государства, въ дѣйствительности раздѣлялась только между ними. Въ другомъ положеніи находились плебеи. Они не имѣли участія въ ager publicus, хотя эти земли, пріобрѣтенныя во время тяжелыхъ войнъ, по выраженію Пухты, «были облиты ихъ кровію»; на нихъ съ другой стороны лежали государственныя тягости (Пухта, Ист. Римск. права стр. 58—59). Войны для нихъ были въ особенности тягостны, такъ какъ, находясь на войнѣ, они теряли время, необходимое для обработки полей, и чрезъ то лишались доходовъ для своего содержанія. Въ управленіи они не принимали почти никакого участія. При такомъ порядкѣ естественно и неизбѣжно должна была возникнуть борьба между этими двумя классами. Старое долговое право, съ своимъ суровымъ характеромъ, при такомъ положеніи дѣлъ, для патриціевъ было однимъ изъ лучшихъ орудій держать плебеевъ въ зависимости, такъ какъ плебеямъ постоянно приходилось прибѣгать къ займамъ у патриціевъ. Вслѣдствіе этого, неудивительно, что долговые законы были первымъ поводомъ и одною изъ главныхъ причинъ той великой борьбы, которая проходитъ чрезъ всю исторію республики. Отсюда понятнымъ становится далѣе и то явленіе во время борьбы, почему патриціи долгое время такъ ревниво и упорно отстаивали долговые законы, почему, когда раздраженіе плебеевъ доходило до крайней степени, они соглашались лучше вычесть уплаченные проценты изъ капитала, лучше простить долги, чѣмъ совершенно отмѣнить суровый характеръ долговаго права. Только уже въ пятомъ вѣ-

Въ виду этого нѣкоторые писатели думаютъ, что сдѣлки для установленія вещнаго обезпеченія (fiducia и pignus) не были въ эту пору *вовсе* извѣстны Римлянамъ и возникли лишь послѣ закона Poetilia [18]), которымъ былъ отмѣненъ nexum и которымъ предписывалось, чтобы, въ случаѣ невыполненія въ срокъ долгового требованія, взысканіе обращалось не противъ личности должника, а только противъ его имущества. Такого мнѣнія держатся напр. Кунгце, Дыдынскій [19]). Мы однако не считаемъ этого предположенія въ какой либо степени доказаннымъ. Nexum, какъ ни велика была гарантія, которую онъ давалъ кредитору, все-таки не всегда достигалъ своей цѣли. Должникъ въ минуту выполненія обязательства, хотя обязательство заключено и чрезъ nexum, могъ оказаться безъ всякаго имущества, такъ какъ nexum до той минуты не лишалъ его права распоряжаться имъ. Дѣтей, которыя находились подъ его властію, онъ могъ эманципировать. Что оставалось кредитору дѣлать съ такимъ должникомъ, чтобы получить удовлетвореніе? Одно — продать въ чужую землю (trans Tiberim) или оставить у себя, какъ большею частію въ жизни и случалось, вмѣсто раба. Но первое средство не всегда было удобно и возможно, второе — не всегда могло принести матеріальную пользу. И такъ, вещное обезпеченіе и въ эту пору никакъ не было совершенно излишнимъ дѣломъ. Сверхъ того, въ весьма древнемъ происхожденіи сдѣлокъ (fiducia и pignus)

кѣ (428 или вѣроятнѣе 441) закономъ Poetilia Papiria, когда сами плебеи уже дали право участія въ законодательствѣ, старое долговое право (nexum) было отмѣнено. Eo anno, говоритъ Ливій по поводу этого закона, plebi Romanae velut aliud initium libertatis factum est, quod necti desierunt. VIII, 28.

18) Содержаніе закона передаетъ Ливій въ слѣд. словахъ: Uictum eo die ob impotentem injuriam unius ingens vinculum fidei: jussiqve consules ferre ad populum, ne quis, nisi qui noxam meruisset, donec poenam lueret, in compedibus aut in nervo teneretur: pecuniae creditae bona debitoris, non corpus obnoxium esset. Ita nexi soluti, cautumque in posterum, ne necterentur. Ibid.

19) См. выше цит. сочинен. стр. 9.

убѣждаетъ насъ и самая структура ихъ. На этихъ основаніяхъ мы думаемъ, что гораздо справедливѣе мнѣніе тѣхъ писателей, какъ наприм. Бахофена, Бремера, которые утверждаютъ, что эти сдѣлки существовали у Римлянъ съ древнихъ временъ, еще до 12 таблицъ, а не возникли послѣ закона Poetilia Papiria. Законъ Poetilia Papiria, отмѣнивши nexum, по нашему мнѣнію, относительно ихъ имѣлъ одно значеніе, именно, что послѣ и вслѣдствіе этого закона онѣ получили въ жизни большую сферу приложенія, чѣмъ какую имѣли до того времени при существованіи nexum.

---

1. FIDUCIA.

Существо фидуціи [20]) состояло въ томъ, что вещь, назначенная для обезпеченія требованія, передавалась въ торжественной формѣ чрезъ mancipatio или in jure cessio вѣрителю, который въ тоже время обязывался торжественно въ договорѣ, pactum fiduciae, въ случаѣ уплаты долга, такимъ же способомъ возвратить вещь должнику (remancipare vel retro in jure cedere). Вслѣдствіе того, что этотъ добавочный договоръ придавалъ сдѣлкѣ особенности сообразно его существу, и самая сдѣлка и даже фидуцированная вещь назывались fiducia [21]). Такіе добавочные договоры при mancipatio были съ древнихъ временъ въ употребленіи у Римлянъ, они при mancipatio составляли отдѣльный видъ условія—lex mancipi. Уже XII табл. такія добавочныя условія счи-

---

20) Isidorus въ Orig. Lib. V cap. 25 такъ опредѣляетъ фидуцію: Fiducia est, cum res aliqua, sumendae pecuniae gratia, vel mancipatur vel in jure ceditur. Gai II § 59, III § 201.

21) Pavl. rec. sent. II. 13 § 1. 3, 5. 1 § 2, 7.

таютъ за псковыя. Cum nexum faciet mancipiumve, говоритъ законъ XII табл., uti lingva nuncupassit, ita jus esto. Впрочемъ, fiducia, посредствомъ которой первоначально установлялось вещное обезпеченіе долговаго требованія, въ цивильномъ правѣ, подобно другимъ юридическимъ сдѣлкамъ, служила не только для достиженія этой цѣли, но и другихъ цѣлей. Посредствомъ этой сдѣлки совершался и depositum, и commodatum, и даже она употреблялась въ томъ случаѣ, когда вещь передавалась donationis causa, если требовалось для извѣстнаго случая обусловить ея возвращеніе [24]). Все различіе, для той или другой цѣли совершалась fiducia, опредѣлялось тѣмъ обстоятельствомъ, въ зависимости отъ котораго поставлялось возвращеніе вещи (remancipatio), переданной чрезъ mancipatio въ собственность. Такимъ образомъ, fiducia первоначально служила не для одной только цѣли обезпеченія долговаго требованія, это была форма, *пригодная* для разнообразныхъ матеріальныхъ сдѣлокъ. Только *впослѣдствіи*, пока не образовалось закладное право, она служила *главнымъ образомъ* для цѣли обезпеченія.

Предметомъ обезпеченія, при установленіи его въ формѣ фидуціи, могли служить вещи res mancipi и nec mancipi. Вещи res mancipi считались у Римлянъ: praedia in Italico solo, jura praediorum rusticorum, servi и quadrupedes quae dorso collove domantur [25]). Ве-

---

24) Bremer, Das Pfandrecht und die Pfandobjecte. Leipzig 1867 г. стр. 4 и слѣд.

25) Почему эти вещи считались у Римлянъ за res mancipi— вопросъ спорный. Гушке думаетъ, что res mancipi назывались тѣ вещи, которыхъ природа *въ вещномъ мірѣ* соотвѣтствовала публичной природѣ гражданъ *въ мірѣ личномъ*, и потому онѣ только и могли передаваться публичнымъ образомъ; res nec mancipi—тѣ вещи, которыя не заключали въ себѣ этой природы, онѣ относились къ jus gentium и передавались способомъ, ему соотвѣтствующимъ (cit. стр. 200). Однако, такое объясненіе нисколько не выясняетъ основанія различія этихъ двухъ классовъ вещей, при немъ невольно возникаетъ вопросъ: почему же именно только выше перечисленныя вещи соотвѣтствовали публичной природѣ гражданъ,

щами nec mancipi считались всѣ прочія вещи, какъ движимыя, такъ и недвижимыя, но изъ нихъ только тѣ вещи могли служить предметомъ обезпеченія, которыя могли быть передаваемы чрезъ in jure cessio [26]). Долгое время предметомъ обезпеченія могли быть и лица свободныя (liberae personae) находящіяся in patria potestate, что запрещено было только въ императорскую эпоху подъ страхомъ тяжкаго наказанія [27]).

Если предметомъ обезпеченія служили res mancipi, то передача ихъ вѣрителю совершалась посредствомъ mancipatio, воображаемой продажи (imaginario quaedam venditio), которая, подобно тому какъ и nexum, совершалась чрезъ торжественный обрядъ per aes et libram. При этомъ, если передавалась чрезъ mancipatio вещь движимая, требовалось необходимо, чтобы эта вещь при самомъ совершеніи ея находилась па лицо [28]). Если

а не другія? Пухта старается доказать, что res mancipi—тѣ вещи, которыя были преимущественно предметомъ военной добычи (Ист. Римск. Права стр. 20), однако дома въ Италіи считались у Римлянъ за res mancipi, между тѣмъ они не пріобрѣтались посредствомъ военной добычи, тогда какъ и завоеванныя земли не всѣ считались res mancipi. Другіе писатели думаютъ, что res mancipi— тѣ вещи, которыя подлежали цензу, но деньги безъ сомнѣнія подлежали цензу, между тѣмъ они не считались за res mancipi. Совершенно вѣрно, по нашему мнѣнію, это различіе вещей объясняетъ Ірингъ. Онъ утверждаетъ, что res mancipi считались у Римлянъ тѣ вещи, которыя составляли инвентарь стараго домохозяина и находились въ особенно тѣсной связи съ старо-римскимъ домомъ. (Geist d. röm Rechts II, 1 стр. 156, 157 (изд. втор.).

26) Ulp. frag. tit. XIX, 1, Gai 1, § 120, II, § 15—17.

27) Закладываніе дѣтей было запрещено императорами Діоклетіаномъ и Максиміаномъ L. 6 C. quae res pignor. 8, 17 cfr. L. 1, C. 4, 43. Наказаніе, которому подвергался вѣритель, зная взявшій, какъ предметъ обезпеченія, filiumfamilias, во времена юриста Павла была deportatio. Sent. R. lib. V t. 1, § 1. Впослѣдствіи, это наказаніе было уменьшено: вмѣсто deportatio была назначена relegatio. L. ult. D. 20, 3. Однако, закладываніе дѣтей такъ вкоренилось въ обычаяхъ, что случалось даже во времена Юстиніана, который принужденъ былъ усилить наказаніе. Nov. 134 c. 4.

18) Ulp. XIX § 3, b. Gai 1, § 119.

же предметомъ обезпеченія была вещь nec mancipi, то передача ея вѣрителю могла совершаться только чрезъ in jure cessio, [29]) которая по существу своему была ничто иное, какъ символическій виндикаціонный процессъ, гдѣ лицо, пріобрѣтающее вещь, являлось какъ бы истцемъ, а собственникъ вещи—отвѣтчикомъ. Для совершенія этого юридическаго акта достаточно было, кромѣ заинтересованныхъ сторонъ, присутствіе только претора или президента провинціи [30]). Особенность этого акта сравнительно съ mancipatio заключается еще въ томъ, что его нельзя было совершать подвластному лицу [31]). Вслѣдствіе этихъ особенностей, не смотря на то, что посредствомъ in jure cessio можно было передавать вещи не только nec mancipi, но и res mancipi [32]), этотъ способъ пріобрѣтенія имѣлъ въ жизни меньшее употребленіе, чѣмъ mancipatio [33]).

Такъ какъ посредствомъ этихъ актовъ, mancipatio и in jure cessio, вѣритель пріобрѣталъ вещь въ собственность и ни къ чему не обязывался относительно должника, то одновременно съ совершеніемъ этихъ актовъ совершался другой актъ—pactum fiduciae. Pactum fiduciae было ничто иное, какъ добавочное условіе, которое произносилось въ торжественныхъ словахъ при совершеніи mancipatio или in jure cessio. Въ этомъ условіи должникъ обязывалъ вѣрителя, въ случаѣ упла-

---

29) Оба способа пріобрѣтенія были самые древніе, на нихъ указываютъ уже XII т., какъ это видно изъ Fragm. Vat. 250... quia et mancipationem et in jure cessionem lex XII tabularum confirmat, а присоединенныя чрезъ nuncupatio условія точно также, какъ при mancipatio, и при in jure cessio считались за дѣйствительныя. По этому то fiducia могла совершаться и чрезъ in jure cessio. Gai II, 59.

30) Ulp. XIX, § 9, 10, Gai II, § 24.

31) Gai II, § 96. In summa sciendum est, his, qui in potestate, manu mancipiove sunt, nihil in jure cedi posse.

32) Ulp. XIX, § 9. Gai. II, § 22. Cicer. Topic. c. 2, abalienatio est ejus rei, quae mancipi est, aut traditio alteri nexu, aut in jure cessio, inter quos ea jure civili fieri possunt.

33) Gai II, 25.

ты имъ долга, ремансипировать вещь фидуцированную и въ тоже время предохранялъ себя отъ ущерба и вреда могущихъ произойти отъ злой воли (dolus) вѣрителя. Формула, которая употреблялась при совершеніи этого pactum, какъ возстановляютъ ее писатели, была:

> Ego hanc rem meam tibi mancupo ea lege, ut eam mihi remancupes, uti ne propter te fidemve tuam (если сыну или рабу вѣрителя фидуцировали, тогда вставляли еще patrisve или dominive tui) captus fravdatusve siem [34]).

Вѣритель, въ силу mancipatio или in jure cessio, становился вполнѣ собственникомъ фидуцированной вещи. Какъ собственникъ вещи, онъ послѣ совершенія этихъ актовъ получалъ право на владѣніе ею. Если предметомъ фидуціи была движимость, то она передавалась вѣрителю при самомъ совершеніи актовъ пріобрѣтенія, такъ какъ присутствіе и передача движимой вещи составляло необходимую принадлежность обряда mancipatio и in jure cessio [35]). Если предметомъ фидуціи была недвижимость, то вѣритель могъ принудить должника къ передачѣ ему вещи, если бы онъ не дѣлалъ этого добровольно, посредствомъ иска rei vindicatio. Какъ собственникъ вещи, онъ могъ пользоваться ею по своему произволу, извлекать изъ нея доходы, какіе она способна доставить. Пользованіе вещью фидуцированною самимъ должникомъ уже вполнѣ зависѣло отъ воли вѣрителя, который могъ уступить его должнику въ формѣ precarium или найма [36]). Какъ собствен-

---

34) Glück, Erläuterungen d. Pand. XIV, стр. 9. Подобная формула въ пекуліальномъ искѣ, L. 36, § 1. D. de peculio 15, 1, l 1, § 42 D. depos. 16, 3. Основаніемъ для этой формулы послужили слова, которыя читаемъ у Цицерона (de officiis III, 17, § 70): uti ne propter te fidemve tuam captus fraudatusve siem—uti inter bonos bene agier oportet et sine fraudatione.

35) Ulp. XIX 6.

36) Gai II, § 220. Paul. rec. sent. II, 13 b.

никъ, вѣритель могъ обременять фидуцированную вещь сервитутами, продать до наступленія срока безъ всякаго увѣдомленія должника, завѣщевать кому хотѣлъ, даже посредствомъ legatum vindicationis [37]). Должникъ не имѣлъ никакого средства, которымъ могъ бы помѣшать вѣрителю во всѣхъ этихъ распоряженіяхъ. Даже если бы фидуцированная вещь перешла къ третьимъ лицамъ случайно или посредствомъ furtum, должникъ и въ этомъ случаѣ, пока снова не пріобрѣтетъ права собственности на нее, не имѣлъ противъ нихъ никакого иска.

Всѣ эти неограниченныя полномочія вѣрителя, какъ собственника, которыя онъ получалъ въ силу mancipatio и in jure cessio, только чрезъ pactum fiduciae ограничивались и модифицировались сообразно *съ цѣлію*, для которой совершалась передача вещи въ собственность. Въ томъ видѣ, въ какомъ fiducia употреблялась *первоначально*, въ силу этого pactum fiduciae единственнымъ ограниченіемъ правъ вѣрителя, какъ собственника, и единственною модификаціею ихъ сообразно съ цѣлію передачи ему вещи въ собственность было то, что вѣритель, хотя онъ былъ и собственникомъ, но если должникъ уплачивалъ ему въ срокъ долгъ, обязанъ былъ возвратить фидуцированную вещь ему въ собственность точно такимъ же способомъ, какимъ онъ самъ получилъ [37]) Если же должникъ промедлялъ, не уплачивалъ въ срокъ долга вѣрителю, то вещь оставалась въ полномъ неограниченномъ его распоряженіи. О продажѣ вещи, о возвратѣ должнику излишка противъ долга не могло быть и рѣчи [38]).

Совершенно въ другомъ видѣ являются эти ограниченія правъ вѣрителя, какъ собственника, и эта модификація правъ собственника сообразно цѣли передачи вещи *въ позднѣйшемъ правѣ*. Почти *всѣ* права, которыя вѣритель получалъ въ силу собственности, были огра-

---

37) Gai II, § 60. Isidor V, 25, 17.
38) Bachofen, cit, стр. 3.

ничены и модифицированы сообразно цѣли передачивещи въ собственность, такъ что въ силу этого fiducia *въ позднѣйшемъ правѣ много приближается къ закладному праву*. Такъ, хотя вѣритель, какъ собственникъ, могъ пользоваться вещію по своему произволу, получать изъ нея для себя всѣ доходы, но въ виду того, что вещь передана ему въ собственность только *ради обезпеченія долга*, онъ обязанъ былъ всѣ эти доходы ставить въ зачетъ долговаго требованія, такъ что, если эти доходы достигали мѣры занятаго капитала и процентовъ, то должникъ могъ требовать реманципаціи фидуцированной вещи [39]). Съ другой стороны и вѣритель, если онъ сдѣлалъ траты на улучшеніе вещи, могъ требовать отъ должника, въ случаѣ возстановленія ему права собственности, вознагражденія посредствомъ actio fiduciae contraria [40]). Въ случаѣ неуплаты долга вѣритель, какъ собственникъ фидуцированной вещи, могъ оставить ему вещь у себя или продать, но такъ какъ вещь ему передана *въ собственность ради обезпеченія требованія*, и стоимость ея можетъ превышать мѣру требованія, то онъ въ силу этого обязанъ продать вещь и излишекъ за покрытіемъ долговаго требованія возвратить должнику [41]). При этомъ, если бы вѣритель, желая фидуцированную вещь удержать за собою, продалъ ее лицу, которое пріобрѣтало бы ее не для себя, а для него, то продажа вещи считалась недѣйствительною, за исключеніемъ случая, когда самъ должникъ изъявилъ на

---

39) Paul. Rec. sent. II, 13, § 2. Quicquid creditor per fiduciarium servum quaesivit, sortem debiti minuit.

40) Paul. Rec sent. II, 13 § 7. Si creditor rem fiduciariam fecerit meliorem, ob ea recuperanda, quae impedit, judicio fiduciae debitorem habebit obnoxium.

41) Paul Rec. sent. II, 13 § 1. Debitor distractis fiduciis a creditore de superfluo adversus eum habet actionem.

42) Paul. Rec. sent. II, 13, § 4. Si per suppositam personam creditor pignus suum invito debitore comparaverit, emptio non videtur; et ideo quandoque lui potest. Ex hoc enim causa pignoris vel fiduciae finiri non potest.

это свое согласіе [42]). Вѣритель могъ оставить вещь у себя въ случаѣ неудовлетворенія требованія только тогда, когда предварительно заключенъ былъ съ должникомъ добавочный договоръ, въ силу котораго онъ уполномочивался, въ случаѣ неуплаты долга въ срокъ, оставить вещь у себя окончательно вмѣсто требованія. Этотъ договоръ, присоединяемый къ pactum fiduciae, какъ особое условіе, назывался lex commissoria [43]). Хотя lex commissoria и не составляла необходимой принадлежности фидуціи, какъ утверждали старые юристы [44]), тѣмъ не менѣе во времена республики была въ большемъ употребленіи [45]). Но такъ какъ подобное условіе было очень тяжко для должника, потому что онъ при малѣйшей просрочкѣ лишался не только надежды на возвращеніе своей вещи, но даже права требовать вознагражденія, если стоимость вещи будетъ выше долговаго требованія, то lex commissoria была отмѣнена императоромъ Константиномъ [46]). Когда и какимъ образомъ возникъ этотъ коммиссорный договоръ, объ этомъ нѣтъ никакихъ указаній въ источникахъ. По всей вѣроятности этотъ договоръ образовался въ то время, когда въ практикѣ выработалось то положеніе, что вѣритель, въ случаѣ неуплаты долга, *долженъ продавать* фидуцированную вещь *и изъ продажи ея полу-*

---

43) Въ Пандектахъ мы не находимъ никакого указанія на этотъ договоръ. Титулъ въ Пандектахъ (XVIII, 3) говоритъ только о коммиссорномъ договорѣ при контрактѣ купли продажи. Что этотъ договоръ употреблялся при fiducia, объ этомъ упоминаетъ Цицеронъ, pro Flacco 21: pecuniam adolescentulo, grandi foenore, fiducia tamen accepta, occupavisti. Hanc fiduciam commissam tibi dicis; tenes hodie ac possides.

44) Какъ наприм. Cujacius, ad rec. sent. Pauli II, 13.

45) Cicero, pro Flacco c. 21.

46) Constantin l. 3 C. 8, 38: Quoniam inter alias captiones praecipue commissoriae pignorum legis crescit asperitas, placet infirmari eam, et in posterum omnem ejus memoriam aboleri. Si quis igitur tali contractu laborat, hac sanctione respiret, quae cum praeteritis praesentia qvoque repellit et futura prohibet. Creditores enim, re amissa, jubemus recuperare, quod dederunt.

чить себѣ удовлетвореніе, а излишекъ за удовлетвореніемъ *возвратить* должнику. Что вѣритель имѣлъ право продажи и безъ всякаго pactum de vendendo, который будто присоединялся къ pactum fiduciae—это несомнѣнно, такъ какъ вещь передавалась вѣрителю въ собственность, и уже въ силу этого, въ случаѣ неуплаты долга, онъ имѣлъ полное право предпринять продажу [47]), но въ то же время, въ силу того же права, пока не сдѣлалась обязательною для вѣрителя продажа фидуцированной вещи, онъ могъ и оставить вещь у себя, такъ какъ до этого времени должникъ не имѣлъ никакого средства принудить вѣрителя къ продажѣ вещи [48]). Всѣ эти модификаціи правъ вѣрителя, какъ собственника, *сообразно цѣли* передачи вещи въ собственность, безъ сомнѣнія представляютъ плодъ *медленнаго развитія*. По мнѣнію Бахофена такое преобразованіе фидуціи совершалось по образцу pignus [49]).

Впрочемъ единственнымъ средствомъ, которое было въ рукахъ должника, чтобы удержать вѣрителя въ указанныхъ границахъ, былъ личный искъ изъ pactum fiduciae, actio fiduciae. По опредѣленію XII табл. этотъ искъ, какъ вытекающій изъ nuncupatio, носилъ *штраф-*

---

47) Что для продажи необходимъ былъ pactum de vendendo, этого мнѣнія держится Дернбургъ, противоположнаго мнѣнія, которое и мы раздѣляемъ, держится Бахофенъ. Cit. стр. 629.

48) Другое мнѣніе относительно происхожденія lex commissoria высказываетъ Дернбургъ. Такъ какъ, по его мнѣнію, обязательство къ уплатѣ долга первоначально не было пріурочено къ сроку, а такое положеніе для кредитора было невыгодно въ томъ случаѣ, если должникъ медлилъ уплатою, то для выхода изъ такого положенія и стали прибавлять къ pactum fiduciae lex commissoria «выкупъ былъ пріуроченъ *къ сроку*, такъ что по истеченіи установленнаго срока fiducia должна идти вѣрителю окончательно вмѣсто требованія». (Das Pfandrecht nach den Grundsätzen des heutigen röm. Rechts. B. 1 Leipzig 1860, стр. 19 ср. прим. 32, 34). Однако срокъ въ договорѣ такое естественное и необходимое условіе, что трудно представить, чтобы его первоначально не было вовсе въ pactum fiduciae. Предположенія, что срокъ существовалъ, держится Бахофенъ, cit стр. 2.

49) Cit. стр. 3.

ной характеръ,—въ случаѣ проигрыша процесса вѣритель присуждался уплатить *двойную стоимость вещи* ([50]). Точно такой же характеръ носилъ и искъ ex causa depositi [51]). Только въ послѣдствіи времени, подъ вліяніемъ претора, онъ потерялъ штрафной характеръ, подобно тому, какъ и искъ ex causa depositi. По своему качеству actio fiduciae была actio bonae fidei [52]).— Только посредствомъ этого личнаго иска должникъ могъ требовать обратно фидуцированную вещь въ случаѣ уплаты долга, могъ, въ случаѣ продажи, искать излишка за покрытіемъ долговаго требованія, наконецъ, подвергнуть отвѣтственности кредитора за dolus и culpa [53]). Искъ этотъ шелъ не только противъ кредитора, но и противъ его наслѣдниковъ, къ которымъ перешла фидуцированная вещь; они даже отвѣчали за dolus и culpa не только свои, но и умершаго [54]). Особенная сила этого иска заключалась въ томъ, что онъ, въ случаѣ кондемнаціи, влекъ за собою инфамію [55]), которой послѣдствія, какъ извѣстно, заключались въ томъ, что инфамированное лице теряло право голоса и публичной почести (jus suffragii и jus honorum), въ случаѣ иска могло искать только за себя и своихъ родственниковъ, не могло вести искъ actio popularis, въ случаѣ обхода его тестаторомъ въ тестаментѣ не могло про-

---

50) Cicer. de offic. III, 15 § 16. Cum ex XII tabulis esset ea praestare quae essent lingva nuncupata, quae qui infitiatus esset dupli poenam subiret.

51) Coll. X 7. 11 (Paul.) ex causa depositi lege duodecim tabul. in duplum actio datur, edicto praetoris in simplum.

52) Gai IV § 62. Sunt autem bonae fidei judicia haec: ex empto, vendito, locato conducto, negotiorum gestorum, mandati, depositi, f i d u c i a e, pro socio, tutelae, commodati, pignoris dati.

53) Coll leg. Mos. et Rom. X II, 2, sic enim et in fiduciae judicium, et in actionem rei uxoriae dolus et culpa deducitur, quia utriusque utilitas intervenit.

54 Paul. rec. sent. II, 13 § 6. Si creditor rem fiduciae datam uni ex heredibus vel extraneo legaverit, adversus omnes heredes actio fiduciae competit.

55) Gai. IV § 182.

тестовать противъ дѣйствительности его. Только благодаря присутствію этого штрафнаго элемента въ искѣ (actio fiduciae), этотъ искъ получалъ особое значеніе въ глазахъ вѣрителя, побуждая его къ выполненію обязательствъ, которыя вытекали изъ pactum fiduciae. Однако, въ послѣдствіи времени и infamia, опредѣлявшая собою всю силу фидуціарнаго иска, потеряла свое значеніе. Съ вымираніемъ политической жизни и съ усиленіемъ порчи нравовъ она даже, по словамъ Дернбурга, могла служить новымъ побужденіемъ для вѣрителя всѣми средствами, какія находились въ распоряженіи у богатыхъ, избѣгнуть заслуженнаго приговора и склонить на свою сторону судью [56]).

Единственное право, которое имѣлъ должникъ при фидуціи, отличавшееся такимъ же широкимъ объемомъ, какъ права вѣрителя—это usureceptio fiduciae causa. Объ этомъ институтѣ мы находимъ единственное указаніе у Гая (II § 59, 60, III § 201). Существо его состояло въ томъ, что если должникъ въ продолженіи цѣлаго года владѣлъ вещью, которую онъ фидуцировалъ вѣрителю, на свое имя, т. е. ни посредствомъ найма, ни прекарнымъ способомъ, то его владѣніе превращалось въ право собственности. Хотя эта usureceptio есть видъ usucapio (species usucapionis), однако она рѣзко отличается отъ usucapio. По законамъ XII табл. [57]), какъ извѣстно, срокъ для usucapio недвижимыхъ вещей назначается два года, между тѣмъ этотъ видъ usucapio для всѣхъ вещей, слѣд. и недвижимыхъ, требуетъ одного срока, годоваго. Почему именно въ этомъ видѣ usucapio для всѣхъ вещей допущенъ этотъ срокъ—отвѣта на этотъ вопросъ не даетъ Гай. По нашему мнѣнію довольно удачное объясненіе этой особенности usureceptio даетъ Дернбургъ. Онъ думаетъ, что поводомъ къ установленію такого срока, се-

---

56) Cit, стр. 16.

57) Fundi biennium, ceterarum rerum annus usus auctoritas esto

образно методу стараго права, послужило по всей вѣроятности внѣшнее основаніе. Такъ какъ вещь, данная въ фидуцію, постоянно называлась въ жизни fiducia, то старое право въ этомъ качествѣ и узукапировало ее, заключая, что она считается здѣсь не какъ fundus, а какъ res ceterae, которыя по законамъ XII т. узукапировались по прошествіи года, подобно тому, какъ такимъ же методомъ пришли къ тому результату, что и наслѣдственныя вещи должны узукапироваться въ одинъ годъ. Обстоятельство же, которое дѣйствовала за этимъ видимымъ, внѣшнимъ основаніемъ, по мнѣнію Дернбурга, было то, что должникъ въ общественномъ мнѣніи болѣе покровительствовался, чѣмъ вѣритель, противъ котораго онъ узукапировалъ. Другая особенность, еще болѣе поразительная въ этомъ видѣ давности, та, что должникъ, захватывая *самовольно* фидуцированную вещь, сдѣлавшуюся уже собственностію другаго, не считался воромъ [58]), его владѣніе не считалось владѣніемъ mala fide, хотя безъ сомнѣнія онъ зналъ, что эта вещь, прежде принадлежавшая ему, теперь была чужею, и стало быть сознательно нарушалъ чужое право собственности. До сихъ поръ въ литературѣ нѣтъ достаточнаго объясненія этого явленія. Дернбургъ причину этого явленія видитъ въ томъ, что должникъ въ жизни разсматривался и послѣ отдачи вещи въ обезпеченіе какъ лице, единственно имѣющее право на эту вещь; съ другой стороны, и самъ онъ смотрѣлъ на вещь; отданную не съ тѣмъ намѣреніемъ, чтобы совершенно оставить ее у вѣрителя, все еще какъ на свою. Вслѣдствіе этого, захватывая вещь, онъ бралъ только то, на что, по народному воззрѣнію, онъ смотрѣлъ, какъ на свое. Однако, и самъ Дернбургъ, предлагая такое объясненіе этого явленія, сознается,

---

58) Самовольное отнятіе вещи отданной въ pignus считалось кражею. Gai III, § 200. Aliquando etiam suae rei quisque furtum committit, veluti si debitor rem, quam creditori pignori dedit, subtraxerit.

что оно только *нѣкоторымъ образомъ* объясняетъ это явленіе, въ существѣ же все-таки трудно объяснимое [58]).

---

2. PIGNUS.

Существо сдѣлки pignus, употреблявшейся у Римлянъ съ древнихъ временъ рядомъ съ fiducia, какъ средство установленія вещнаго обезпеченія, состояло въ томъ, что для обезпеченія долговаго требованія вещь передавалась вѣрителю не въ собственность, какъ въ fiducia, а только во владѣніе [59]).

Какимъ путемъ образовалась эта форма вещнаго обезпеченія—историческихъ данныхъ нѣтъ, мнѣнія же писателей объ этомъ вопросѣ различны. Большинство изъ нихъ производитъ эту форму обезпеченія отъ су-

---

59) Объясненіе другихъ писателей и разборъ ихъ см. Dernburg cit, стр. 23 и 24.

59) Isid. Origin. Lib V c. 25. Pignus est, quod propter rem creditam obligatur, cujus rei possessionem solam ad tempus consequitur creditor, ceterum dominium penes debitorem est. L. 35, § 61. D. 13, 7. Pignus manente proprietate debitoris solam possessionem transfert ad creditorem: potest tamen et precario et pro conducto debitor re sua uti. Слово pignus, которое употреблялось у Римлянъ для обозначенія такого рода сдѣлки, въ прежнее время производили отъ pugnus—кулакъ; аналогично съ такимъ производствомъ, послѣ рецепціи Римскаго права въ Германіи, образовалось и нѣмецкое названіе—Faustpfand. Такое производство слова принято и въ Corpus juris civilis, въ которомъ въ l. 238 § 2 D. de V. S. 50, 16 приводятся слѣдующія слова Гая: pignus appellatum a pugno, quia res quae pignori dantur, manu traduntur; unde etiam videri potest, verum esse, quod quidam putant, pignus proprie rei mobilis constitui. Но гораздо вѣрнѣе производить слово pignus (gen. pignoris, ближайшая форма pigneris) не отъ pugnus, а отъ pago или pango, perf. pepigi, греч. pegnymi—утверждать, укрѣплять, такъ какъ имъ означается не внѣшній моментъ происхожденія сдѣлки, а ея внутренній характеръ. Dernburg cit, стр. 49.

ществовавшаго изъ древности института capio pignoris, иные отъ legis actio per pignoris capionem [60]). Однако, нельзя согласиться ни съ однимъ изъ этихъ двухъ мнѣній. Pignus не могъ образоваться изъ института capio pignoris, такъ какъ этотъ институтъ былъ публичнаго права и имѣлъ совершенно другое значеніе, чѣмъ pignus. Имъ, какъ извѣстно, могъ пользоваться только магистратъ. Онъ служилъ для него не средствомъ обезпеченія долговаго требованія, а только средствомъ принужденія къ повиновенію законамъ и предписаніямъ и къ выполненію обязанностей какъ частныхъ лицъ, такъ и сенаторовъ. Вещи, которыя магистратъ бралъ изъ имущества лица, принуждаемаго къ повиновенію, если оно продолжало упорствовать, шли въ пользу жрецовъ и посвящались въ жертву богамъ, такъ какъ онѣ всего чаще состояли изъ домашнихъ животныхъ [61]). Pignus не могло образоваться и отъ legis actio per pignoris capionem [62]), потому что характеръ того и другаго обезпеченія весьма различенъ. Всякая legis actio есть только односторонній актъ вѣрителя, посредствомъ котораго онъ по своей волѣ беретъ вещи должника, pignus же основывался на договорѣ; legis

---

60) Puchta, Institutionen § 248. Bachoven, cit стр. 4, Mayer, Die Rechte der Israeliten, Athener und Römer. ч. II § 195.

61) Liv. III, 39. XXXVII, 51, XLIII, 16. Cicer. De oratore III, 1. Philip. 1, 5. Dernburg, cit стр. 48. Bachofen, cit стр. 4.

62) Legis actio per pignoris capionem допускалась только въ немногихъ случаяхъ, изъ которыхъ для однихъ основаніемъ былъ единственно обычай, а не законъ. Такъ на основаніи обычая miles, если онъ не получалъ жалованья (aes militare) отъ tribunus aerarius, могъ приступить къ взятію отъ него обезпеченія; также судья ради уплаты денегъ за купленную лошадь (aes equestre) и денегъ, которыя назначались на содержаніе лошадей (aes hordiarium). По законамъ XII т. такая capio pignoris допускалась противъ купившаго жертвенное животное и неуплатившаго деньги, противъ нанявшаго jumentum и не уплатившаго денегъ, если они назначены на покрытіе расходовъ на жертвы (in sacrificium). Наконецъ, lege praediatoria этимъ средствомъ принужденія могли пользоваться публиканы противъ лицъ, которыя имъ не уплачивали vectigalia. Gai. IV 26—29.

actio могла имѣть мѣсто только по истеченіи срока долга, pignus же служитъ главнымъ образомъ для обезпеченія уплаты еще не просроченнаго долга [63]). По мнѣнію Дыдынскаго [64]) pignus образовался изъ fiducia cum creditore. Fiducia cum creditore, съ которой настолько соединялись всѣ выгоды для вѣрителя, насколько она была невыгодна для должника, въ то время, когда все римское законодательство явно стремилось къ тому, чтобы облегчить и улучшить затруднительное положеніе должниковъ, не могла при такомъ направленіи законодательства никакъ удержаться. «Все неудобство фидуціи, говоритъ онъ, устранялось, коль скоро предметъ, данный въ залогъ, поступалъ не въ собственность, а только во владѣніе кредитора.... Какъ при фидуціи добавочный договоръ, pactum fiduciae, опредѣлялъ точнѣе юридическое отношеніе между залогопринимателемъ и залогодателемъ, такъ и теперь такія же были послѣдствія договора и передачи владѣнія. Изъ этого договора проистекало право иска, actio pignoratitia, подобно тому, какъ изъ pactum fiduciae—actio fiduciae». Несомнѣнно, что fiducia, какъ цивильная форма, получившая бо̀льшее развитіе, чѣмъ pignus, первоначально имѣла вліяніе на юридическую структуру pignus, подобно тому, какъ и pignus, развившись въ эпоху преторскаго права, оказывалъ свое вліяніе на фидуцію [65]), тѣмъ не менѣе нельзя согласиться съ тѣмъ, что fiducia вызвала этотъ институтъ къ жизни, чтобы онъ явился, такъ сказать, замѣною фидуціи. Pignus, какъ форма обезпеченія черезъ передачу владѣнія, былъ извѣстенъ Римлянамъ и употреблялся въ жизни въ извѣстныхъ случаяхъ съ древнихъ временъ, но безъ сомнѣнія не въ томъ видѣ, въ какомъ представляетъ его Дыдынскій. «Закладываніе владѣнія

---

63) Dernburg, cit стр. 48.

64) Cit. стр. 17—21.

65) Bachofen, cit стр. 3.

чрезъ врученіе вещи, говоритъ Bachofen, столь естественная юридическая сдѣлка, что нельзя сомнѣваться въ ея употребленіи относительно самого древняго времени даже безъ опредѣлительныхъ свидѣтельствъ. Но теперь нѣтъ недостатка и въ документальныхъ подтвержденіяхъ несомнѣнной достовѣрности [67]). Онъ не возникъ, какъ замѣна фидуціи. Черезъ pignus неудобства фидуціи далеко не устранялись. Для должника устранялось одно важное неудобство, кредиторъ не могъ уже распоряжаться вещію, какъ полный собственникъ, если бы онъ захотѣлъ злоупотреблять; между тѣмъ владѣніе и пользованіе вещью, данною въ обезпеченіе, благодаря которому должникъ часто единственно могъ пріобрѣсти средство для удовлетворенія вѣрителя [68]), это важное неудобство фидуціи не только не устранялось въ pignus, но имѣло еще бо̀льшее значеніе, чѣмъ въ фидуціи. Относительно же кредитора pignus долгое время не могъ доставить такого же обезпеченія, какъ fiducia. Не только actio in rem, но и pignoratitia actio in personam явились гораздо позднѣе, чѣмъ самая сдѣлка—pignus [69]).

Возникновеніемъ своимъ pignus обязанъ не фидуціи, но потребностямъ жизни и оборота. Онъ по всей вѣроятности явился первоначально, какъ средство установленія обезпеченія въ тѣхъ случаяхъ, когда дѣло касалось небольшой суммы и на короткое время, такъ

---

66) Cit стр. 6 и слѣд.

67) Какъ на доказательство такого рода Бахофенъ ссылается на слѣдующія слова Феста, которыя послѣдній приводитъ для объясненія слова Nancitor изъ XII т.: N a n c i t o r in XII nactus erit, praeno erit. Item in foedere latino: «p e c u n i a m q u i s n a n c i t o r, h a b e t o»; et: «s i q u i d p i g n o r i s n a n c i s c i t u r s i b i h a b e t o». Cit стр. 6.

68) Ср. въ указ. выше соч. Дыдынскаго стр. 18 и 20 съ стр. 22.

69) Закладываніе собственности, говоритъ Бахофенъ, давало вѣрителю гораздо высшую степень обезпеченія, чѣмъ закладываніе владѣнія cit стр. 7. «Искъ act. pigneratitia in personam, гов. Дерн-

какъ какая сдѣлка для установленія обезпеченія въ этихъ случаяхъ могла быть болѣе цѣлесообразною, чѣмъ эта передача владѣнія? Pignus былъ первоначально, какъ справедливо замѣчаетъ Дернбургъ [70]), ничто иное, какъ сдѣлка обыденной жизни, которая и безъ судебной защиты носила въ себѣ извѣстную гарантію. Должникъ уплачивалъ долгъ только въ томъ случаѣ, если ему будетъ возвращена вещь, данная въ обезпеченіе; вѣритель, напротивъ, удерживалъ владѣніе до тѣхъ поръ, пока не будетъ уплаченъ долгъ, и защищалъ себя противъ нападеній самопомощію.

По своимъ свойствамъ pignus, какъ натуральная форма обезпеченія, рѣзко отличался отъ цивильной формы—fiducia. Предметомъ pignus могли быть всякаго рода вещи, лишь бы онѣ были способны къ владѣнію. Для установленія обезпеченія въ формѣ pignus не было необходимости въ цивильныхъ актахъ—mancipatio и in jure cessio съ ихъ строгою формальностію; достаточно для этого было одной простой традиціи вещи. Но за то эта форма обезпеченія долгое время и недавала вѣрителю такого сильнаго средства защиты, какую онъ получалъ въ фидуціи. Такъ какъ эта форма имѣла свое основаніе въ jus naturale, то въ эпоху полнаго господства juris civilis она не рождала никакой actio, разсчитанной на jus; jus civile совершенно отказывало ей въ своей защитѣ [71]). Единственную защиту кредиторъ получалъ во владѣніи. Какъ каждый владѣлецъ, онъ противъ несправедливаго вторженія въ его владѣніе могъ защищаться поссессорными интердиктами, только противъ вора онъ могъ выступить съ исками—

бургъ, былъ безъ сомнѣнія много позднѣйшаго датума», чѣмъ самый pignus. Напротивъ залогодатель естественно имѣлъ rei vindicatio cit стр. 45 прим. 1.

70) Cit. стр. 45.

71) Это ясно доказываетъ § 7 I de actio. 4, 6, въ которомъ говорится, что actio hypothecaria, существующая не только для ипотеки, но и для pignus, имѣла свое начало ex ipsius praetoris jurisdictione.

actiones furti. Какъ скоро, въ случаѣ нарушенія его владѣнія, онъ не успѣлъ воспользоваться владѣльческими средствами, онъ вмѣстѣ съ этимъ терялъ и свое обезпеченіе. Впрочемъ, и эта защита, которую вѣритель получалъ чрезъ владѣніе, могла быть направлена только противъ третьихъ лицъ, когда они несправедливо нарушали его владѣніе. Противъ самого же собственника, который передалъ вещь въ обезпеченіе своего долга, у вѣрителя не было никакого *прямаго* средства для защиты, особенно когда предметомъ обезпеченія были вещи — res mancipi. Онъ искомъ — rei vindicatio — каждую минуту могъ лишить послѣдняго переданной ему во владѣніе вещи. Онъ, какъ собственникъ вещи, хотя владѣніе ею и уступилъ другому для цѣли обезпеченія, могъ продать или другимъ способомъ уступить эту вещь и третьему. Въ томъ только случаѣ, когда предметомъ обезпеченія была вещь движимая, должникъ встрѣчалъ нѣкоторое препятствіе для отчужденія, такъ какъ для передачи такихъ вещей чрезъ mancipatio и in jure cessio необходимо требовалось, чтобы онѣ находились на лицо въ самый моментъ совершенія этихъ актовъ. Когда же предметомъ обезпеченія была вещь недвижимая, для должника не существовало и этого препятствія для отчужденія, такъ какъ въ этомъ случаѣ mancipatio съ vacuae possessionis traditio не совпадала въ одномъ актѣ [72]).

При такого рода характерѣ защиты, которую доставлялъ pignus вѣрителю, не смотря на столь легкій и удобный способъ его совершенія, естественно въ эпоху преимущественнаго господства цивильнаго права эта форма вещнаго обезпеченія не могла имѣть большаго употребленія въ жизни. Къ ней прибѣгали по необходимости и главнымъ образомъ въ тѣхъ случаяхъ, гдѣ невозможно было установленіе обезпеченія въ ци-

---

72) L. 31 D. de adqu dom. 41, 1. Nunquam nuda traditio transfert dominium, sed ita, si venditio aut aliqua justa causa praecesserit, propter quam traditio sequeretur.

вильной формѣ—fiducia. Такъ, pignus былъ единственно возможною формою установленія обезпеченія для лицъ, которыя вслѣдствіе своей зависимости отъ власти другихъ ничего не могли пріобрѣтать посредствомъ цивильныхъ актовъ—mancipatio и in jure cessio [73]), равно между римлянами и перегринами или такими латинянами, qui proprios populos propriasque civitates habebant et erant peregrinorum numero, какъ описываетъ ихъ Гай [74]). Pignus же *единственно* могъ употребляться, когда предметомъ обезпеченія были такія вещи, которыя не могли быть передаваемы ни чрезъ mancipatio, ни чрезъ in jure cessio, каковы были провинціальныя земли (provincialia praedia) [75]). Употребленіе же pignus тамъ, гдѣ возможно было установленіе обезпеченія въ цивильной формѣ, первоначально ограничивалось *преимущественно* тѣми случаями, когда предметомъ обезпеченія была вещь движимая изъ res nec mancipi, такъ какъ передача такихъ вещей, возможная только чрезъ in jure cessio, была соединена съ большими затрудненіями, между тѣмъ вѣритель и въ этой формѣ имѣлъ болѣе или менѣе достаточное обезпеченіе. Это обстоятельство, по всей вѣроятности, и послужило основаніемъ для такого предположенія древнихъ юристовъ, какъ Гаево, что pignus proprie r e i m o b i l i s constitui [76]). Когда же предметомъ обезпеченія были вещи—res mancipi и особенно *недвижимыя* вещи, pignus въ это время употреблялся только какъ предварительная сдѣлка, пока не будетъ дано поручителей или не будетъ установлено обезпеченіе посредствомъ цивильной формы—fiducia [77]). Только съ ослабленіемъ цивильнаго права, съ его строгими и крутыми нормами, посредствомъ фактическихъ отношеній и съ

---

73) Сюда относится l. 1 § 42 Depos 16. 3. l. 36 De рес. 15, 1.

74) Gai. I § 79.

75) Gai. II § 31.

76) L. 238 § 2 D. de V. S. 50, 16.

77) Dernburg, cit. стр. 47.

усиливающимся возрастаніемъ преторскаго права, pignus, находя въ немъ все бо́льшее и бо́льшее признаніе и защиту, вышелъ изъ той ограниченной сферы приложенія и сталъ способомъ, которымъ можно пользоваться для цѣлей обезпеченія, какъ и цивильнымъ способомъ—fiducia.

Таковы были двѣ древнія сдѣлки, которыми пользовались въ продолженіи многихъ столѣтій для цѣлей установленія вещнаго обезпеченія, пока не образовалось *собственно закладное право.* Что обѣ эти сдѣлки дѣйствительно не были закладнымъ правомъ—въ этомъ ясно убѣждаетъ ихъ структура. Фидуція, какъ мы выше видѣли, не была собственно сдѣлка, посредствомъ которой достигалась *только* цѣль вещнаго обезпеченія, она была пригодна для достиженія самыхъ разнообразныхъ матеріальныхъ цѣлей. Подобно тому, какъ depositum, commodatum, совершавшіяся первоначально посредствомъ фидуціи, не были собственно depositum, commodatum, какъ особые институты съ своимъ особымъ, имъ только свойственнымъ содержаніемъ, тоже самое несомнѣнно можно сказать и о фидуціи, какъ формѣ установленія вещнаго обезпеченія. Въ *позднѣйшемъ* правѣ хотя fiducia и стала употребляться *преимущественно только* для цѣли обезпеченія и вслѣдствіе этого была модифицирована сообразно цѣли ея употребленія, такъ что въ виду этихъ модификацій много *приближалась* къ закладному праву, однако она не сдѣлалась закладнымъ правомъ. Способность служить для достиженія и другихъ цѣлей, кромѣ цѣли установленія обезпеченія, fiducia въ существѣ сохранила и въ этомъ позднѣйшемъ видѣ. Уже во времена Гая, когда контракты, которые первоначально совершались посредствомъ fiducia, получили исковой характеръ, посредствомъ fiducia совершался dedositum, хотя теперь по-другому мотиву, чѣмъ въ первое время. Право, которое возникало изъ сдѣлки—fiducia, не было *особымъ* правомъ, оно было ничто иное, какъ собственность. Вѣритель, какъ мы видѣли, становился вполнѣ собственникомъ фидуцированной вещи, могъ распоряжать-

ся ею по своему произволу, всѣ его дѣйствія, *какъ собственника*, имѣли полную юридическую силу. Собственность, которую вѣритель получалъ на фидуцированную ему вещь не была de jure временною, срочною, условною. Цивильное право не признавало и не допускало такой собственности. Всѣ тѣ ограниченія, которыя налагалъ на вѣрителя pactum fiduciae, собственно сами по себѣ не уменьшали его полномочій, какъ собственника. Всѣ эти ограниченія, какъ мы видѣли, не имѣли вещной силы. Искъ, который существовалъ у должника, чтобы принудить вѣрителя распоряжаться собственностію сообразно съ этими ограниченіями, былъ только личный искъ, имѣющій силу только противъ него и его наслѣдниковъ, къ которымъ перешла фидуцированная вещь; особенная сила иска заключалась только въ infamia, но и та съ теченіемъ времени потеряла свое угрожающее значеніе. Точно также, подобно fiducia, и pignus въ своемъ первоначальномъ видѣ не былъ собственно закладнымъ правомъ. Pignus, какъ мы видѣли, былъ первоначально ничто иное, какъ только *владѣльческое состояніе*. Онъ не давалъ достаточной защиты вѣрителю ни противъ собственника вещи, ни противъ третьихъ лицъ. Вся защита, которую давалъ pignus вѣрителю, единственно ограничивалась владѣльческими средствами.

III. Возникновеніе собственно закладнаго права и вліяніе его на древнія сдѣлки: FIDUCIA и PIGNUS.

Собственно закладное право, какъ самостоятельный институтъ съ своимъ особымъ содержаніемъ, съ формою,

соотвѣтствующею ея содержанію и цѣли, появляется въ римскомъ правѣ только съ возникновеніемъ ипотеки (hypotheca).

Ипотека—эта форма установленія обезпеченія, въ силу которой достаточно одного условія (conventio de pignore), чтобы одна или нѣсколько вещей отвѣчали за долговое требованіе въ случаѣ его невыполненія безъ передачи вѣрителю въ собственность, какъ въ fiducia, или во владѣніе, какъ въ pignus, безъ чего подобное условіе въ этихъ сдѣлкахъ не имѣло никакого дѣйствія [78]).

Мнѣнія относительно происхожденія ипотеки существуютъ въ литературѣ различныя. Одно изъ мнѣній, котораго держатся многіе писатели [79]), утверждаетъ, что ипотека—институтъ не римскаго происхожденія, что Римляне его заимствовали отъ грековъ. Въ подтвержденіе этого мнѣнія пригодятъ то, что самое названіе этого института—греческое, что въ немъ существуетъ много и другихъ греческихъ названій, какъ

---

78) L. 1 D. de pign. act. 13, 7. L. 4 D. de pign. et hypothecis 20, 1: Contrahitur hypotheca per pactum conventum, cum quis paciscatur, ut res propter aliquam obligationem sint hypothecae nomine obligatae. По этой существенной чертѣ (возможности установленія обезпеченія безъ передачи въ собственность или во владѣніе въ силу одного закладнаго условія) римскими юристами установляется и самое опредѣленіе ипотеки. Hypotheca est, cum res aliqua commodatur sine depositione pignoris, pacto aut cautione sola interveniente. Isidor. orig. V. 25. Proprie pignus dicimus, quod ad creditorem transit, hypothecam, cum non transit nec possessio ad creditorem. L. 9 §. 2 D. de pign. act. 13, 7. Выраженіе nec possessio показываетъ, что компиляторами изъ этого мѣста было что-то опущено. Ульпіанъ очевидно здѣсь упоминалъ еще о fiducia, такъ что его опредѣленіе ипотеки было такое: hypothecam dicimus, cum non transit nec res nec possessio, или: nec dominium nec possessio ad creditorem. Bachofen, cit. стр. 25 not. 1. Puchta, Inst. II § 247 not. g. Подобное же опредѣленіе дѣлаетъ и Юстиніанъ въ § 7 I de act. IV, 6.

79) Puchta Inst. § 251 nota a. Dernburg, cit. стр. 67. Mayer, cit. ч. II, стр. 262 и другіе.

напр. hyperocha, antichresis; что у грековъ такой родъ установленія вещнаго обезпеченія образовался и достигъ развитія очень рано, тогда какъ у Римлянъ онъ вошелъ въ употребленіе уже послѣ покоренія Греціи; что наконецъ какъ римская, такъ и греческая ипотека въ своемъ содержаніи представляютъ много между собою сходства. Однако, не смотря на всѣ эти доводы, изъ коихъ почти всѣ, будучи отдѣльно взяты, вполнѣ безспорны, мы не можемъ согласиться съ такимъ мнѣніемъ. Въ римскомъ правѣ мы не находимъ ни одного *института*, который бы былъ заимствованъ или создался по образцу другаго народа [80]). Долгое время, какъ извѣстно, ученые думали, что почти все содержаніе XII таблицъ заключаетъ въ себѣ греческое право; однако, послѣ тщательнаго изслѣдованія ихъ содержанія, пришли къ тому выводу, что Римлянами были заимствованы отъ Грековъ постановленія только «произвольной природы», какъ напр. предписаніе относительно празднествъ въ честь умершихъ и ихъ ограниченія, на каковое заимствованіе указываютъ и сами римскіе писатели [81]). Между тѣмъ, относительно заимствованія римскимъ правомъ греческой ипотеки мы не находимъ у нихъ никакого указанія. Пухта, который держится подобнаго же мнѣнія относительно происхожденія римской ипотеки, въ другомъ своемъ сочиненіи высказываетъ совершенно вѣрное, по нашему мнѣнію, начало относительно вліянія чужеземныхъ законодательствъ. «Вліяніе чужеземныхъ законодательствъ, говоритъ онъ [82]), сводится на нѣкоторыя правовыя опредѣленія произвольной природы, а потому и мало зависящія отъ своеобразныхъ правовыхъ воззрѣній извѣстнаго народа... Если въ пользу противоположнаго взгляда ссылались на общія сходства отдѣльныхъ положеній

---

80) Bachofen, cit. стр. 633. Arnold, Cultur und Recht der Römer 1868 г. стр. 48 и 49.

81) Пухта, Исторія Римскаго Права стр. 73 и 74.

82) cit. стр. 74.

права, то при этомъ совершенно забывали, что такія сходства встрѣчаются между правомъ всѣхъ народовъ; сходства же въ правахъ родственныхъ по племени Грековъ и Римлянъ менѣе всего могутъ браться въ разсчетъ». Между тѣмъ, что послужило главнымъ поводомъ и что составляетъ одно изъ главныхъ доказательствъ того мнѣнія, что римская ипотека есть созданіе аттическаго права, какъ не сходство [83]), замѣчаемое въ ея содержаніи съ греческою ипотекою! [84]) Что касается до греческаго названія этого института и другихъ названій, встрѣчаемыхъ въ немъ, то это ровно ничего не доказываетъ. То, что Римляне послѣ называли напр. hyperocha, существовало, какъ мы видѣли, еще при fiducia, хотя и не имѣло особаго названія.

Признавая, что ипотека римская была собственно римское созданіе, мы однако не можемъ согласиться съ тѣмъ мнѣніемъ Дыдынскаго, что она образовалась изъ fiducia cum amico. Поводомъ къ такому ошибочному мнѣнію послужило то обстоятельство, что онъ фидуцію cum amico принялъ за сдѣлку, посредствомъ которой будто бы установлялось вещное обезпеченіе. «Fiducia

83) Однако, нужно замѣтить, что и сходство между римскою и аттическою ипотекою далеко не полное. Въ аттической ипотекѣ мы встрѣчаемъ ту необходимую принадлежность современной ипотеки, хотя и въ грубой формѣ, публичность, которой не существовало въ римской ипотекѣ. Такъ, тамъ еще прежде Солона было постояннымъ обычаемъ на границѣ заложенной земли класть доски или столбики, на которыхъ писалось имя архона эпонимона, подъ нимъ заключенная сдѣлка, имя залоговѣрителя и сумма, за которую заложена земля. Калачевъ въ Арх. 1860 кн. 5 «Ипотека», Mayer cit. ч. II стр. 260.

84) Къ какимъ выводамъ можно придти, строго держась этого пріема, всего лучше можетъ показать намъ хоть слѣдующій примѣръ. Римское постановленіе, чтобы не уплаченные проценты не могли идти ultra duplum капитала (l 27. § 1 C. de usur. 4, 32) уже существовало въ древнихъ законахъ Египта (Diodor. Siculus 1. c. 79). Можно ли изъ этого выводить, что это постановленіе римскаго права было заимствовано изъ законовъ Египта?

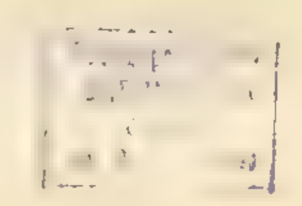
cum amico, говоритъ онъ [85]), примѣнялась, вѣроятно, въ то время, когда залогопринимателемъ былъ иностранецъ (peregrinus), которому нельзя было передавать правъ ни посредствомъ манципаціи, ни посредствомъ цессіи in jure. Должникъ, въ этомъ случаѣ, передавалъ заложенную вещь лицу, знакомому залогопринимателю, и въ особенности Римскому гражданину, способному пріобрѣтать права посредствомъ выше сказанныхъ формъ. Послѣдній же, какъ временный владѣлецъ, обязывался отдать заложенную вещь на руки самому кредитору, съ цѣлію продать ее, если въ срокъ, назначенный для уплаты, онъ не былъ удовлетворенъ». Давши такое объясненіе институту fiducia cum amico, образованіе ипотеки изъ этого института онъ объясняетъ такимъ образомъ: «Подобное же обезпеченіе, какъ посредствомъ фидуціи cum amico, могъ получить залогопринимател, если, оставляя предметъ залога, которымъ онъ самъ не владѣлъ ни въ какомъ случаѣ, во владѣніи должника, въ договорѣ помѣстилъ всѣ тѣ условія, какія заключала fiducia cum amico». Однако, обращаясь къ Гаю, который одинъ только указываетъ на этотъ институтъ, въ его словахъ мы не находимъ никакого основанія для такого толкованія этого института. Fiducia, говоритъ онъ [86]), contrahitur aut cum creditore pignoris jure aut cum amico, quod tutius nostrae res apud eum essent. На какомъ основаніи нужно разумѣть подъ amicus иностранца (peregrinus)? Къ такому предположенію, вѣроятно, пришли потому, что предполагали, что fiducia постоянно служила только для установленія вещнаго обезпеченія. Самъ Гай фидуцію, которая употреблялась въ его время для этой цѣли, отличаетъ отъ fiducia cum amico чрезъ прибавленіе словъ cum creditore pignoris jure. Слова Гая quod tutius nostrae res apud eum essent, которыми онъ характеризуетъ фидуцію cum amico, ясно показы-

85) cit. стр. 26 и 27.
86) II § 60.

ваютъ, что́ это была за сдѣлка, для какой цѣли она заключалась. Fiducia cum amico была ничто иное, какъ сдѣлка, посредствомъ которой во времена Гая совершался depositum. Хотя въ это время реальный контрактъ depositum признанъ былъ исковымъ; однако, въ нѣкоторыхъ случаяхъ для достиженія той же цѣли, для какой служитъ этотъ контрактъ, употреблялась и fiducia. Въ то время, когда контрактъ depositum не имѣлъ исковаго характера, depositum заключался въ формѣ fiducia для того, чтобы обязать депозитара возвратить вещь, данную ему на сохраненіе, по первому требованію; во времена же Гая depositum совершался посредствомъ fiducia по другой причинѣ и для другой цѣли. Теперь онъ совершался чрезъ fiducia для того, какъ говоритъ Гай, quod t u t i u s apud amicum nostrae res essent, т. е. чтобы депозитару, который былъ amicus депонента, дать возможность, хотя въ интересахъ послѣдняго, но на его собственное имя, защищать и преслѣдовать вещь противъ третьихъ лицъ [87]).

Ипотека получила, по нашему мнѣнію, свое начало и развитіе отъ закладыванія invecta, et illata, которое употреблялось у Римлянъ для обезпеченія выполненія аренднаго договора. Арендаторы земли, колоны, ничего не имѣли, кромѣ своего инвентаря (invecta et illata). Установленіе обезпеченія въ цивильной формѣ чрезъ передачу собственности было весьма затруднительно, такъ какъ во 1-хъ, оно возможно было только чрезъ актъ in jure cessio, который, какъ извѣстно, могъ совершаться только предъ преторомъ или президентомъ провинціи, во 2-хъ, вѣритель, пріобрѣтши вещи арендатора въ собственность, долженъ былъ бы снова передать ему ихъ въ прекарное владѣніе, такъ какъ послѣдній безъ нихъ лишенъ былъ всякой возможности держать аренду. Наконецъ, въ фидуціи могли служить предметомъ обезпеченія только вещи, спеціально обозначенныя, а не коллективно (только species, а не genus)

87) Bremer. cit стр. 4.



такъ, чтобы всѣ вещи, подходящія подъ извѣстное родовое наименованіе, шли въ обезпеченіе. Вслѣдствіе этого, объектомъ фидуціи не могъ быть инвентарь арендатора, какъ таковой, а только тѣ именно вещи инвентаря, которыя принесены арендаторомъ въ началѣ аренды. Такъ какъ инвентарь назначался для потребностей аренды, то легко могло случиться, что именно этихъ вещей въ минуту выполненія аренднаго договора у арендатора оказывалось очень мало, хотя вообще инвентарь въ это время могъ быть гораздо больше, чѣмъ въ началѣ аренды [88]). Установленіе же обезпеченія въ формѣ pignus съ передачею владѣнія было вовсе не возможно. Въ виду такихъ обстоятельствъ собственникъ арендуемаго имущества долженъ былъ установить обезпеченіе въ иной формѣ, чѣмъ какія выработаны были прежней практикой. Самою простою и естественною формою установленія обезпеченія, сообразно его его положенію, было установленіе обезпеченія на invecta et illata арендатора посредствомъ *одного договора* безъ передачи ему владѣнія или собственности [89]).

Первоначально при такомъ способѣ установленія обезпеченія собственникъ арендуемаго имущества имѣлъ одно только право, именно: онъ могъ, въ случаѣ ухода арендатора до уплаты аредныхъ денегъ, остановить его illata и удерживать до тѣхъ поръ, пока онъ не заплатитъ [90]). Такое средство обезпеченія естественно не всегда могло достигать и достигало цѣли. Оно могло оказать дѣйствительную помощь владѣльцу земли только тогда, когда онъ постоянно слѣдилъ за арендаторомъ и успѣвалъ воспользоваться своимъ правомъ. Если же

---

88) Puchta, Inst. II стр. 627 и 632 (изд. 7).

89) Что ипотека получила свое начало и развитіе именно въ установленіи обезпеченія на illata арендатора, это ясно доказываютъ формулы закладнаго иска. Ср. § 3 J de interdictis 4. 15; § 7 J de actionibus 4, 6.

90) Что существовало jus retentionis, въ пользу этого a contrario можно аргументировать на основаніи l. 5 C. in quibus causis pign. 8, 15. Ср. Dernburg, cit. стр. 56 not. 12.

арендуемое имущество находилось вдали отъ постояннаго мѣстожительства его владѣльца, такъ что онъ не имѣлъ возможности постоянно слѣдить за арендаторомъ, такое средство оставалось безъ приложенія. Арендаторъ могъ удалиться съ своимъ движимымъ имуществомъ прежде, чѣмъ собственникъ арендуемаго имущества успѣетъ прибѣгнуть къ этому средству. Въ виду этого и чтобы дать собственнику болѣе прочную защиту, къ нему на помощь является преторское право. Преторъ Salvius, для цѣлей защиты интересовъ собственника, вводитъ особый интердиктъ, который по его имени названъ interdictum Salvianum [91]).

Время происхожденія этого интердикта неизвѣстно, содержаніе его до сихъ поръ спорно. Главный вопросъ, около котораго преимущественно сосредоточиваются споры въ наукѣ, и который здѣсь для насъ имѣетъ главное значеніе,—это вопросъ о дѣйствіи интердикта и о лицѣ отвѣтчика, именно: имѣлъ ли этотъ интердиктъ силу только противъ залогодателя, или же и противъ третьихъ лицъ? Главная причина спора въ томъ, что мѣста источниковъ представляютъ противорѣчіе. Одни говорятъ за дѣйствіе и противъ третьихъ лицъ, другія за дѣйствія только противъ залогодателя. Что онъ имѣлъ силу и противъ третьихъ лицъ, за это говорятъ:

> Iulianus. L. 1 D. de Salviano interdicto 43, 33. Si colonus ancillam in fundo pignoris nomine duxerit et eam vendide-

---

91) Columella, de re rustica I. c. 7. In longinquis tamen fundis, in quos non est facilis excursus patris familias cum omne genus agri tolerabilius sit sub liberis colonis, quam sub villicis servis habere tum praecipue frumentorum quem minime colonus evertere potest et cet. § 3. J. de interdictis 4, 15. Inter dictum quoque quod vocatur Salvianum adipiscendae possessionis causa comparatum est, eoque utitur dominus fundi de rebus colon quas is pignori futuras pepigisset. Gai. IV. 147. Dig. 43, 33 De Salviano interdicto. Cod. 8, 9 De precario et Salviano interdicto.

rit, quod apud emptorem ex ea natum est, ejus adprehendendi gratia utile interdictum reddi oportet. Si colonus res in fundum duorum pignoris nomine intulerit, ita ut utrique in solidum obligatae essent, singuli adversus extraneum Salviano interdicto recte experientur: inter ipsos vero si reddatur hoc interdictum, possidentis condicio melior erit, at si id actum fuerit, ut pro partibus res obligaretur, utilis actio et adversus extraneos et inter ipsos dari debebit, per quam dimidias partes possessionis singuli adprehendent....

Theophilus ad § 3. J. de interd. 4, 15. Adversus quemvis coloni res possidentem dabitur Salvianum interdictum.

Что интердиктъ имѣлъ дѣйствіе только противъ залогодателя, это подтверждаетъ:

Gordianus Aristoni. L. 1 C. de prec. et Salv. interd. 8, 9. Si te non remittente pignus debitor tuus ea, quae tibi obnoxia sunt, venumdedit, integrum tibi jus est ea persequi, non interdicto Salviano-i d e n i m t a n t u m m o d o a d v e r s u s c o n d u c t o r e m d e b i t o r e m v e c o m p e t i t— sed Serviana actione, vel quae ad exemplum ejus instituitur utilis adversus emtorem exercenda.

Сообразно съ этими свидѣтельствами источниковъ, смотря потому, какія изъ нихъ принимаются за главное основаніе для выводовъ, и мнѣніе писателей раздвоятся. Одни писатели, какъ напр. Бохофенъ, Пухта [92]), утверждаютъ, что этотъ интердиктъ имѣлъ дѣй-

92) Bachofen, cit. стр. 14. Puchta, Instit. II § 251.

ствіе только противъ самого должника; другіе—напротивъ, что онъ имѣлъ дѣйствіе и противъ третьихъ лицъ: одни—противъ каждаго третьяго владѣльца, другіе—только противъ извѣстныхъ третьихъ лицъ [93]. Во всякомъ случаѣ, если допустить, что интердиктъ имѣлъ дѣйствіе и противъ третьихъ лицъ, а это, по нашему мнѣнію, необходимо допустить, ибо это ясно утверждаютъ Юліанъ и Өеофилъ [94]), то вмѣстѣ съ тѣмъ необходимо признать, что дѣйствіе его въ этомъ случаѣ было ограниченное. Необходимость признанія именно такого его дѣйствія ясна изъ того уже одного факта, что вскорѣ вслѣдъ за этимъ интердиктомъ является новое средство для защиты вѣрителя—actio Serviana. Но въ чемъ состояло это ограниченіе—отвѣта нѣтъ въ вышеуказанныхъ мѣстахъ Юліана и Феофила. Только одно мы въ правѣ заключить, что оно не состояло въ ограниченіи лица отвѣтчика, какъ допускаютъ многіе писатели. По мнѣнію Дернбурга [95]),—гипотеза котораго относительно дѣйствія интердикта намъ кажется болѣе удовлетворительною, чѣмъ прежнихъ писателей,—ограниченіе это состояло въ томъ, что дѣйствіе интердикта имѣло силу только въ продолженіи извѣстнаго срока, именно: въ продолженіи года съ момента уноса имущества, отданнаго въ обезпеченіе. Въ теченіи этого времени собственникъ арендуемаго имущества могъ принудить къ передачѣ ему владѣнія заложеннымъ имуществомъ всякое третье лицо, которое, *зная, что это имущество отдано въ обезпеченіе арендпаго договора*, пріобрѣло владѣніе имъ. Если же третье лицо не знало этого при пріобрѣтеніи владѣнія заложеннымъ имуществомъ, то посредствомъ этого интердикта только

---

93) Какіе писатели держатся послѣдняго мнѣнія и съ какими оттѣнками—см. Bachofen, cit. стр. 14 nota 12.

94) Какъ объясняютъ эти мѣста писатели, которые держатся мнѣнія, что интердиктъ имѣлъ дѣйствіе только противъ должника—см. напр. толкованіе Бахофена на стр. 14 и 15, Пухты cit. къ § 251 not. d.

95) cit. стр. 57—61.

тогда можно было снова получить его во владѣніе, если третье лицо въ продолженіи года относительно меньше времени владѣло имъ, чѣмъ оно находилось на арендованной землѣ. Какъ доказательство такого ограниченнаго дѣйствія этого интердикта онъ приводитъ то, что этотъ интердиктъ, какъ интердиктъ ut rubi, по которому онъ образовался и къ которому причисляется въ ряду другихъ интердиктовъ, былъ прогибиторнаго характера [96]). Но если онъ имѣлъ дѣйствительно такое ограниченное дѣйствіе, то почему объ этомъ не упоминается въ источникахъ? На это Дернбургъ отвѣчаетъ, что въ Юстиніановскомъ законодательствѣ, когда интердиктъ съ отмѣною стараго процесса потерялъ свой специфическій характеръ, всякое ограниченіе иска считалось не практическимъ. Но признавая, что интердиктъ имѣлъ дѣйствіе и противъ третьихъ лицъ, какъ объ этомъ свидѣтельствуетъ цѣлый рядъ мѣстъ изъ источниковъ, и притомъ дѣйствіе только ограниченное, какъ это требуетъ допустить исторія закладныхъ исковъ, и ограниченное не кругомъ лицъ, но извѣстнымъ срокомъ, какъ этого требуетъ признать общее свойство интердиктовъ, къ которымъ онъ относится, мы тѣмъ не менѣе еще не рѣшаемъ окончательно вопроса о дѣйствіи интердикта на основаніи источниковъ. Остается еще мѣсто изъ рескрипта Императора Гордіана, которое говоритъ, что интердиктъ имѣлъ силу tantummodo adversus conductorem debitoremve и, вслѣдствіе этого,

96) L. 2 § 3 de interd. 43, 1. Haec autem interdicta, quae ad rem familiarem spectant, aut adipiscendae sunt possessionis, aut recuperandae, aut retinendae. Adipiscendae possessionis sunt interdicta, quae competunt his, qui ante non sunt nancti possessionem; sunt autem interdicta adipiscendae possessionis Quorum bonorum; Salvianum quoque interdictum, quod est, de pignoribus, ex hoc genere est, et q u o i t i n e r e v e n d i t o r u s u s e s t, q u o m i n u s e m p t o r u t a t u r, v i m f i e r i v e t o. Характеръ прогибиторскій ясно видѣнъ и изъ того, что цѣлью интердикта въ источникахъ постановляется pignus apprehendere, l. 1 D. de Salviano interdicto 43, 32.

по видимому, служитъ яснымъ доказательствомъ противоположнаго мнѣнія. Какъ же объяснить это мѣсто, чтобы оно не стояло въ противорѣчіи съ высказаннымъ мнѣніемъ? Попытки объясненія этого мѣста въ этомъ направленіи многочисленны. Дыдынскій [97]), который тоже держится мнѣнія, что интердиктъ имѣлъ силу и и противъ третьихъ лицъ, относительно выше приведеннаго мѣста изъ рескрипта Гордіана говоритъ: «Императоръ только мимоходомъ приводитъ въ данномъ случаѣ Сальвіанскій интердиктъ, не примѣняя словъ своихъ къ одному только арендатору—залогодателю». Но изъ чего видно, что Императоръ только «*мимоходомъ* приводитъ въ данномъ случаѣ интердиктъ» и притомъ «*не примѣняя* словъ своихъ къ одному только арендатору—залогодателю?» Если съ виду слова: id enim tantummodo adversus conductorem debitoremve competit и кажутся какъ бы сказанными мимоходомъ, то и это только до тѣхъ поръ, пока мы не возьмемъ ихъ въ связи со всѣмъ содержаніемъ рескрипта. Не будь этихъ словъ, оставалось бы совершенно не понятнымъ: почему въ данномъ случаѣ противъ купившаго заложенныя illata нельзя выступить съ интердиктомъ Salvianum, какъ, можетъ быть, желалъ бы спрашивающій, когда этотъ интердиктъ, какъ допускаетъ и самъ Дыдынскій, имѣлъ силу противъ *всякаго владѣльца*? Въ то же время понимать слова: id enim tantummodo adversus conductorem debitoremve competit въ данномъ случаѣ, какъ понимаетъ Дыдынскій, нѣтъ никакой возможности. Слова эти такъ ясны, что не допускаютъ никакъ подобнаго толкованія. Чтобы объяснить свидѣтельство Гордіана относительно дѣйствія интердикта Salvianum такъ, чтобы оно не находилось въ противорѣчіи съ другими свидѣтельствами, по нашему мнѣнію, остается только одинъ правильный пріемъ. Отъ чего зависитъ темнота рескрипта и противорѣчіе его съ

---

97) Cit. стр. 187 и слѣд.

другими мѣстами источниковъ? Не ужели въ самомъ дѣлѣ въ источникахъ можетъ существовать подобное противорѣчіе? По нашему мнѣнію, все противорѣчіе единственно зависитъ отъ того, что не приведенъ впереди этого рескрипта тотъ случай и тѣ вопросы, которые предложены были Императору на разрѣшеніе, и отвѣтъ на которые представляетъ этотъ рескриптъ. Если возстановить вопросы, какіе были предложены Императору, что возможно сдѣлать единственно на основаніи самого рескрипта, взятаго въ связи съ теоріею интердикта, построеннаго на основаніи другихъ свидѣтельствъ; то противорѣчія не должно быть. Въ виду всего этого, намъ кажется, что правильное толкованіе этого мѣста принадлежитъ Дернбургу, если только его гипотеза относительно дѣйствія интердикта вполнѣ вѣрна. Онъ рескрипту Гордіана даетъ такое толкованіе. Онъ думаетъ, что спрашивающій Императора въ своемъ вопросѣ упомянулъ, что арендаторъ болѣе, чѣмъ полгода продалъ часть вещей (illata и invecta) безъ его согласія, и спрашивалъ: вслѣдствіе этого погибло его закладное право на эту часть или онъ можетъ еще предъявить Salvianum. На это ему Императоръ и отвѣчалъ, что, не давши своего согласія на продажу, ты не потерялъ своего закладнаго права (integrum est), но interdictum Salvianum ты *теперь* можешь предъявить *только* (tantummodo) противъ должника и арендатора, противъ купившаго же у тебя остается actio Serviana для тѣхъ вещей, которыя tempore conventionis находились уже въ имуществѣ арендатора, и actio Serviana utilis для такихъ вещей, которыя пріобрѣлъ послѣ [98]).

---

98) Многочисленность разнообразныхъ попытокъ примиренія вышеприведенныхъ мѣстъ привела Виндшейда къ такому выводу. «Если еще не удалось, говоритъ онъ, найти попытку примиренія, которая была бы болѣе удовлетворительна, чѣмъ доселѣ бывшія, то ничего не остается, какъ сказать, что указанныя мѣста взаимно уничтожаютъ одно другое и что поэтому за дѣйствіе Salvianum *противъ третьихъ лицъ* нѣтъ никакого доказательства,—

Этотъ интердиктъ для формы установленія обезпеченія посредствомъ *одного договора* имѣлъ громадное значеніе. Чрезъ него она получила *впервые* защиту, независимую отъ произвола магистрата. Однако, эта защита, которую доставлялъ интердиктъ залогопринимателю, шла *противъ третьихъ лицъ,* какъ мы видѣли, *съ большими ограниченіями.* Вслѣдствіе этого, и по введеніи интердикта бывали случаи, что собственникъ арендуемаго участка лишался имущества, служащаго ему обезпеченіемъ, а вмѣстѣ съ тѣмъ и уплаты аредныхъ денегъ. Въ виду этого преторъ Servius ввелъ болѣе сильное средство защиты, чѣмъ какую давалъ interdictum Salvianum. Онъ установляетъ для отдающаго въ аренду имущество *вещный искъ*, который имѣлъ бы дѣйствіе *противъ всякаго, кто завладѣетъ* заложенными ему illata, доколѣ его требованіе, обезпеченное этимъ имуществомъ, имѣетъ силу и не получило удовлетворенія. Этотъ искъ называется actio Serviana.

Кто такой былъ этотъ Servius, когда онъ жилъ и слѣд. когда возникъ этотъ искъ,—положительныхъ данныхъ нѣтъ. Было мнѣніе, что этотъ Servius былъ преторъ Servius Sulpicius, другъ Цицерона. Но это мнѣніе оказывается несправедливымъ. Servius Sulpicius не исправлялъ городской претуры, онъ не былъ ни praetor urbanus, ни perigrinus, а praetor quaestionum (собственно quaesitor [99]). Такіе же преторы не имѣли никакой юрисдикціи. По мнѣнію Дернбурга [100]), этотъ

противъ залогодателя слѣдуетъ допустить, если вообще этотъ интердиктъ найдетъ себѣ какое либо приложеніе». См. Pand. I къ § 236 not. 5. По нашему мнѣнію, лучше держаться послѣдней гипотезы относительно дѣйствія интердикта, какую предлагаетъ Дернбургъ, пока она не будетъ опровергнута (самъ Виндшейдъ противъ нея не сказалъ ни слова), а если будетъ опровергнута; то попытаться отыскать новую, чѣмъ сказать, что «указанныя мѣста взаимно уничтожаются» и принять за основаніе для вывода рескриптъ Императора, а не другія мѣста источниковъ.

99) Онъ имѣлъ quaestio peculatus. Cicero pro Murena c. 20.

100) cit. стр. 62.

Servius былъ одинъ изъ gens Servia, ведущаго свое начало отъ консула Сервія Сульпиція, о которомъ упоминается уже въ началѣ республики. Такимъ образомъ, до сихъ поръ остается неизвѣстнымъ: кто былъ этотъ Servius и когда именно онъ жилъ; но несомнѣнно, что онъ жилъ ранѣе Цицерона и слѣд. искъ имѣетъ болѣе раннее происхожденіе,—до Цицерона.

Actio Serviana, завершивши собою начатое интердиктомъ Salvianum, имѣла большое вліяніе на судьбу *установленія* (института) обезпеченія посредствомъ одного договора. Оно мало по малу стало выходить изъ тѣснаго круга арендныхъ отношеній, гдѣ первоначально почти единственно имѣло свое приложеніе. Какимъ образомъ это совершалось—историческихъ данныхъ нѣтъ. По всей вѣроятности первоначально его перенесли на тѣ отношенія, въ которыхъ подобно арендныхъ нельзя было установить обезпеченіе ни посредствомъ fiducia, ни посредствомъ pignus съ передачею владѣнія, какъ напр. въ морскомъ займѣ, гдѣ предметомъ обезпеченія долженъ быть корабль. Преторъ, давши защиту такой формѣ установленія вещнаго обезпеченія въ арендныхъ отношеніяхъ, слѣдуя направленію жизни, и въ этихъ случаяхъ, когда дѣло доходило до спора, давалъ ей туже защиту—actio Serviana, какъ и въ арендныхъ отношеніяхъ. Когда она, удаляясь отъ первоначальной сферы приложенія, стала входить все въ бóльшее и бóльшее употребленіе и въ другихъ случаяхъ, гдѣ требовалось вещное обезпеченіе, преторъ по образцу actio Serviana установляетъ постоянный искъ—actio quasi Serviana.

Относительно времени возникновенія actio quasi Serviana положительныхъ данныхъ опять нѣтъ. Большинство писателей [101]) относитъ возникновеніе его къ временамъ послѣ Цицерона. По мнѣнію же Дернбурга [102]), которое онъ подтверждаетъ несомнѣнными до-

---

101) Къ числу ихъ принадлежитъ и Бахофенъ, cit. стр. 73.
102) cit. стр. 64—68.

казательствами, возникновеніе quasi Serviana относится къ болѣе раннему времени, именно: къ временамъ Ганнибальской войны или непосредственно слѣдующаго за ней десятилѣтія.

Сила дѣйствія этого иска была такая же, какъ и actio Serviana, по образцу которой онъ былъ образованъ; онъ былъ вещный искъ, какъ и actio Serviana. Все различіе между ними состояло только въ томъ, что его приложеніе не ограничивалось только арендными отношеніями, какъ actio Serviana, но простиралось на *всякаго рода установленіе вещнаго обезпеченія посредствомъ одного договора* [103]).

Какія условія требовались отъ такого способа установленія обезпеченія въ его первоначальномъ видѣ въ то время, когда въ первый разъ былъ пропонированъ искъ quasi Serviana, это могла бы показать намъ формула, по которой онъ давался въ то время. Къ сожалѣнію, формула иска не дошла до насъ въ цѣлости, отъ нея мы имѣемъ только отрывочныя части, разсѣянныя въ разныхъ мѣстахъ [104]) источниковъ. Впрочемъ, этихъ мѣстъ до того достаточно, что, благодаря имъ, современнымъ писателямъ удалось возсоздать эту формулу, которую, если не въ цѣлости, то въ главныхъ

---

103) § 7 J de actionibus IV, 6. Item Serviana et quasi Serviana, quae hypothecaria vocatur, ex ipsius praetoris jurisdictione substantiam capiunt. Serviana autem experitur quis de rebus coloni, quae pignoris jure pro mercedibus fundi ei tenentur. Quasi Serviana autem est, qua creditores pignora hypothecasve persequuntur. Впослѣдствіи времени это различіе между Serviana и quasi Serviana исчезло. Такъ въ Пандектахъ искомъ Serviana обозначается и искъ, который первоначально наз. quasi Serviana, и притомъ въ многочисленныхъ мѣстахъ (см. Bachofen, cit. стр. 28 not. 2, 3, 4, 5, 6 и 7), тогда какъ употребленіе иска Serviana въ его первоначальномъ значеніи въ нихъ встрѣчается очень рѣдко. L. 2 D. de Salv. int. 43, 33. L. 1 C. de prec. et. Salv. int. 8, 9.

104) Мѣста эти приведены у Дернбурга, cit. стр. 79 и 80, полнѣе у Бахофена, cit. стр. 45—49 и Арндтса, Pand. къ 378 not. 1.

пунктахъ, можно признать за подлинную. По возстановленію Дернбурга, эта формула была слѣдующая:

> Iudex esto... Si paret Stichum q. d. a. Lucii Titii in bonis fuisse eo tempore, quo inter Aulum Agerium et Lucium Titium convenit, ut Stichus q. d. a. propter pecuniam creditam Aulo Agerio pignoris nomine sit obligatus eamque pecuniam solutam non esse neque eo nomine satisfactum esse neque per A-m A-m stare quominus ea pecunia solvatur nisi Numerius Negidius A-o A-o arbitratu tuo restituet, judex N-m N-m A-o A-o quanti Stichus q. d. a. erit, condemna s. n. p. a.

Разсматривая эту формулу, мы видимъ, что условія для установленія обезпеченія въ то время, когда впервые явилась quasi Serviana, были очень ограничены. Требовалось, чтобы вещь, служащая обезпеченіемъ, находилось in bonis должника во время соглашенія его съ вѣрителемъ, чтобы между ними былъ заключенъ договоръ, чтобы обезпеченіе было дано propter pecuniam— ради долга изъ займа, чтобы не было уплаты долга (solutio) или satisfactio вѣрителя.

Съ возникновеніемъ actio quasi Serviana впервые является новая общая форма для установленія вещнаго обезпеченія. Первоначальное, собственно римское названіе этой формы было pignus, какъ и формы установленія обезпеченія чрезъ передачу владѣнія [105]). Впо-

---

105) Такое названіе встрѣчается въ формулахъ Катона, въ сочиненіи его de R. R. 146:—donicum solutum erit aut ita satisdatum erit, quae in fundo illata erunt, p i g n e r i sunto—149:— pecus et familia, quae illic erit, p i g n e r i sunto. Формулы эти, какъ утверждаетъ Дернбургъ, относятся уже къ тому времени, когда была не только actio Serviana, но и quasi Serviana. См. cit. стр. 65 и слѣд. Для отличія ея отъ формы установленія обезпеченія чрезъ передачу владѣнія, которая тоже обозначалась pignus, по-

слѣдствіи времени это названіе было замѣнено другимъ не римскимъ—hypotheca [106]). Впервые такое названіе этой формы встрѣчается во времена Цицерона [107]) и потомъ мало по малу оно стало входить во всеобщее употребленіе, такъ что впослѣдствіи въ римскомъ правѣ получило полное право гражданства [108]).

Возникновеніе ипотеки произвело совершенный переворотъ въ области вещнаго обезпеченія. До возникновенія ея, цѣль вещнаго обезпеченія достигалась посредствомъ собственности, какъ въ фидуціи, или владѣнія, какъ въ pignus въ его первоначальномъ видѣ (до возникновенія ипотеки); теперь становится возможнымъ достиженіе этой цѣли посредствомъ *особаго института, созданнаго единственно для этой цѣли—института закладнаго права.* Только теперь впервые является *подлинное закладное право,* только теперь вѣритель не является въ то же время ни собственникомъ, какъ въ фидуціи, ни владѣльцемъ (possessor), какъ въ pignus, а *единственно залогопринимателемъ.* Когда не было ипотеки, когда для удовлетворенія цѣли обезпеченія служили единственно сдѣлки fiducia и pignus въ его первоначальномъ видѣ, тогда и кругъ предметовъ, которые могли служить обезпеченіемъ, и способъ установленія

слѣднюю стали обозначать d e p o s i t u m pignus. Pavl. II. 4. V. 26, 4. V. 5. 1, L. 36 D. de cond. indeb, 12, 6.

106) Впрочемъ, нужно замѣтить (такъ какъ на основаніи этого названія заключаютъ о вліяніи аттическаго права на созданіе римской ипотеки), что названіе hypotheca въ аттическомъ правѣ употреблялось въ болѣе широкомъ значеніи, имъ обозначался и залогъ съ передачею владѣнія. Dernburg, cit. стр. 70.

107) Такъ его мы встрѣчаемъ въ сочиненіяхъ Цицерона, именно: ad Attic. II. 17 in fin и ad famil. 13. 56.

108) Въ Пандектахъ слово pignus—въ широкомъ значеніи употребляется для обозначенія вообще закладнаго права, напр. въ l. 1 pr. D. de pign. act. 13, 7., но не ипотеки. Въ тѣсномъ значеніи имъ означается залогъ съ передачею владѣнія, наприм. въ l. 5 § 1 D. de pign. 20, 1, который также обозначается и словами—p r o p r i e pignus, какъ въ l. 9 § 2 D. de pign. act. 13, 7.

обезпеченія, и права, которыя вѣритель получалъ въ силу этого, и средства защиты—все это было не свойственное *прямо* той цѣли, ради которой пользовались этими сдѣлками, а преимущественно настоящему существу этихъ сдѣлокъ и ихъ прямому назначенію. Какіе напр. предметы могли быть объектами фидуціи? Единственно только тѣ, которые могли быть объектами права собственности—только вещи тѣлесныя и притомъ—тѣ изъ нихъ, на которыхъ есть commercium juris civilis, хотя, кромѣ этихъ предметовъ, есть цѣлый рядъ другихъ, которые въ такой же мѣрѣ способны служить средствами обезпеченія, какъ и эти предметы. То ли мы видимъ въ ипотекѣ? Въ ипотекѣ есть и свой кругъ объектовъ, и свое содержаніе и свои средства защиты и все это сообразное съ ея *единственнымъ назначеніемъ* -служить средствомъ вещнаго обезпеченія. Вслѣдствіе этого, ипотека и является особымъ правомъ въ ряду другихъ правъ,—правомъ, которое называется *закладнымъ правомъ*.

Образованіе ипотеки, какъ собственно закладнаго права, естественно не могло не имѣть вліянія и на тѣ сдѣлки, которыя до нея употреблялись для достиженія *цѣли* закладнаго права. Pignus (закладъ), который до возникновенія ипотеки, былъ ничто иное, какъ владѣльческое состояніе, подвергается теперь полному преобразованію. Будучи натуральною сдѣлкою, онъ, воспринявъ ту защиту, которую имѣла ипотека, является уже съ совершенно другимъ значеніемъ, чѣмъ прежде. Онъ, какъ справедливо замѣчаетъ Пухта [109]), становится *закладнымъ правомъ* такимъ же, *какъ ипотека*. То, что онъ заключаетъ въ себѣ бо́льшаго, т. е. владѣніе—это для свойства закладнаго права составляетъ самый не существенный придатокъ (Zuthat) [110]).—Совершенно другая судьба цивильной формы установленія вещнаго обезпеченія—

109) Inst. II стр. 634.

110) Таковъ смыслъ L. 5 § 1 D. de pign. 20, 1: Inter pignus autem et hypothecam tantum nominis sonus differt.

fiducia. Она, не смотря на всѣ измѣненія, которыя происходили съ нею, чтобы сдѣлаться болѣе удобною для цѣли обезпеченія, не могла *возвыситься* до закладнаго права. Невозможость такой реформы лежала въ самомъ существѣ этого института. Вслѣдствіе этого, съ возникновеніемъ ипотеки, хотя она и не была отмѣнена, она стала все болѣе и болѣе выходить изъ употребленія [111]). Теперь ея кругъ приложенія преимущественно ограничивался городами Итальянскими, внѣ Римѣ. Въ Римѣ же, съ возрастающимъ развитіемъ торговли и промышленности, въ бóльшомъ употребленіи была ипотека. Какъ долго она продолжала свое существованіе— опредѣлить съ точностію нельзя. По всей вѣроятности до тѣхъ поръ—пока не вышли вообще изъ употребленія in jure cessio и mancipatio, посредствомъ которыхъ она совершалась. Въ Юстиніановскомъ правѣ мы объ ней уже не находимъ почти никакого слѣда; самые акты mancipatio и in jure cessio, какъ уже потерявшіе вполнѣ свое прежнее значеніе и уже не соотвѣтствовавшіе новому времени, Юстиніаномъ были отмѣнены [112]). Только pignus и hypotheca, *какъ составляющіе собственно закладное право* вошли въ Юстиніанское право и чрезъ него перешли въ Западную Европу.

---

111) Она упоминается въ законахъ Аркадія и Гонорія. Такъ въ распоряженіи 395 года, которымъ Импер. Аркадій и Гонорій утверждаютъ юридическіе акты, совершенные во времена царствованія ex-императора на западѣ,—говорится и о фидуціи: pignoris atque fiduciae obligatio perseveret. (L. 9 Th. C. de infirmandis his quae sub tyrannis 15, 14). Объ ней упоминаютъ Ambrosius (De Tobia c. 12) и Sidonius Apollinarius (Epit. IV, 24).

112) L. un C. de usucap. transform. 7, 31.

ГЛАВА ВТОРАЯ.

ПОНЯТІЕ ЗАКЛАДНАГО ПРАВА.

I. Опредѣленіе понятія закладнаго права господствующею доктриной.

Римскіе источники не даютъ намъ общаго опредѣленія понятія закладнаго права, которое бы абстрактно обнимало все существо этого института. Такое явленіе не доказываетъ, однако, что закладное право у Римлянъ было настолько мало развито, чтобы нельзя было уловить существенные его моменты и выразить ихъ въ абстрактной формѣ Что закладное право на тѣлесныя вещи—Sachenpfandrecht, какъ называютъ его нѣмцы, было въ Римѣ весьма развито—это не оспоримо. Относительно же закладнаго права *на права*, хотя и утверждаютъ нѣкоторые, какъ напр. Дернбургъ [1]), что оно было менѣе развито, чѣмъ первое; однако, едвали съ такимъ мнѣніемъ возможно согласиться. Съ возникновеніемъ *ипотеки*, съ которой открылась возможность закладыванія не только тѣлесной вещи, но и правъ, вскорѣ пробудилась и въ жизни потребность ввести и

1) Cit. 1 стр. 219.

ихъ въ область обезпеченія кредита [2]). Римскіе юристы, которые такъ чутко относились къ потребностямъ жизни, конечно, не могли оставить ее безъ своего юридическаго содѣйствія. Они, слѣдуя теченію экономическаго оборота, исходя изъ закладнаго права на тѣлесныя вещи, мало по малу включали одно право за другимъ, если только, конечно, они оказывались способными служить обезпеченіемъ, въ область объектовъ закладнаго права, пока въ число такихъ объектовъ не ввели наконецъ самое закладное *право* [3]), и въ своихъ сочиненіяхъ, посвященныхъ закладному праву, останавливались на раскрытіи и уясненіи этого новаго рода закладыванія. Такъ уже Марціанъ съ своей монографіи ad formulam hypothecariam, при составленіи которой часто пользовался responsa-ми Папиніана [4]), занимался рѣшеніемъ вопросовъ, относящихся къ *закладному праву на права*. Если же въ источникахъ встрѣчается менѣе опредѣленій этого объекта залога [5]), то это внѣшнее обстоятельство объясняется тѣмъ, что закладное право на права, за исключеніемъ особенностей, которыя свойственны этому виду залога, согласно существу отноше-

---

2) Въ особенности это нужно сказать о правахъ требованія. При развитіи торговли и духа спекуляціи онѣ составляютъ важнѣйшую часть нашего имущества. Такая эпоха для Рима наступила въ концѣ республики. Въ это время естественно должна проявиться потребность сдѣлать ихъ средствомъ обезпеченія кредита. Dernburg, cit. 1 стр. 461. Во времена же Ульпіана мы видимъ pignus nominis употреблялся уже въ судѣ, какъ средство для выполненія судебнаго приговора. Puchta, Inst. II стр. 631 not. h. (изд. 7).

3) Sohm, Die Lehre vom subpignus. Rostock. 1864. Стр. 15 и 53.

4) L. 11 § 2 D. de pign. 20, I. L. 12 § 5, § 6, § 9 D. qui pot. 20, 4. Dernburg, cit. стр. 479. Sohm, cit. стр. 127.

5) Такъ напр. о subpignus въ Дигестахъ встрѣчается только нѣсколько мѣстъ и то разбросанныхъ въ различныхъ титулахъ, каковы именно: l. 11 § 5, l. 40 § 2 D. de pign. act. (13, 7), l. 13 § 2 D. de pignoribus (20, 1), l. 14 § 3 D. de temp. praescr. 44, 3 и въ кодексѣ одинъ титулъ si pignus pignori datum sit 8, 24.

нія подходятъ подъ тѣ же опредѣленія, какія существуютъ для закладнаго права на тѣлесныя вещи. Отсутствіе опредѣленія понятія закладнаго права, по нашему мнѣнію, вполнѣ объясняется общимъ характеромъ направленія дѣятельности римскихъ юристовъ. Тенденціи римскихъ юристовъ были направлены не на теоретическое систематизированіе, а непосредственно на практическія цѣли, на реальный міръ явленій. При такомъ характерѣ главное мѣсто въ дѣятельности ихъ занимало юридическое опредѣленіе частныхъ случаевъ жизни, а не чисто теоретическія опредѣленія. Вслѣдствіе этого, отсутствіе опредѣленія понятія встрѣчается не только относительно закладнаго права, но и относительно многихъ другихъ институтовъ. Есть ли напр. научное опредѣленіе понятія владѣнія въ источникахъ! Но можно ли изъ этого заключать, что институтъ владѣнія не былъ развитъ въ римскомъ правѣ или что римскіе юристы не обладали его понятіемъ?

Установленіе общаго понятія закладнаго права и опредѣленіе его согласно пониманію этого института римскими юристами выпало на долю современной науки. Не смотря на многіе труды, посвященные разработкѣ закладнаго права, почти до настоящаго времени не только общаго опредѣленія понятія закладнаго права, но, можно сказать, даже попытокъ къ установленію его въ наукѣ не было. Всѣ опредѣленія закладнаго права, которыя мы встрѣчаемъ не только въ учебникахъ, но и въ спеціальныхъ сочиненіяхъ по закладному праву, даже въ такомъ сочиненіи, какъ Дернбурга [6]),—суть опредѣленія только закладнаго права на тѣлесныя вещи, но не закладнаго права вообще.

Причина этого недостатка лежитъ въ томъ, что

---

6) Закладное право, по опредѣленію Дернбурга, есть «образовавшееся чрезъ преторскую юрисдикцію вещное право вѣрителя требованія на чужую тѣлесную вещь, въ силу котораго онъ уполномочивается, въ случаѣ неуплаты въ срокъ долга, къ полученію владѣнія вещи и къ продажѣ».

господствующая доктрина принимаетъ закладное право на тѣлесныя вещи за «нормальный случай закладыванія» [7]), тогда какъ закладное право на права, по господствующему взгляду, не есть собственно закладное право, а «иное юридическое отношеніе, посредствомъ котораго *аналогическимъ* способомъ достигается *цѣль* закладыванія» [8]). Такъ, закладываніе вектигальнаго владѣльца есть ничто иное, какъ «*уступка* (Ueberlassung) вектигальнаго права вѣрителю съ цѣлію обезпеченія требованія» [9]); залогъ требованія — особый видъ *цессіи*, при чемъ полномочія цессіонара ограничиваются сообразно цѣлямъ закладыванія [10]); далѣе, залогъ закладнаго права—*передача* (Uebetragung) залоговыхъ полномочій перваго вѣрителя, или условная цессія иска, actio hypothecaria [11]); наконецъ,—при закладываніи узуфрукта, кредиторъ, подобно тому, какъ залоговѣритель требованія, становится на мѣсто уполномоченнаго» [12]). Вслѣдствіе такого взгляда на залогъ правъ господствующая доктрина при установленіи понятія закладнаго права естественно не могла считать для себя необходимымъ имѣть въ виду и этотъ родъ закладыванія и должна была ограничиться только закладнымъ правомъ на тѣлесныя вещи.

Такое направленіе науки въ теоріи закладнаго права продолжалось до появленія въ 1864 г. сочиненія Зома: Die Lehre vom subpignus. Это сочиненіе дало ей совершенно новое направленіе. Зомъ первый доказалъ, что закладное право на права, которое, по мнѣнію господствующей доктрины, не было собственно закладнымъ правомъ, а инымъ юридическимъ отношеніемъ, въ дѣйствительности есть такое же закладное

7) Puchta, Vorles. I стр. 415. Windscheid, Pand. I § 227 not. 7.
8) Keller, Pand. стр. 383 (изд. 1).
9) Dernburg I стр. 218 и слѣд.
10) Dernburg I стр. 462.
11) Dernburg I стр. 477. Puchta, Vorles. I § 201.
12) Dernburg I стр. 487.

право, какъ и закладное право на тѣлесныя вещи. Противоположное же мнѣніе не находитъ въ источникахъ для себя ни малѣйшей поддержки. Источники несомнѣннымъ образомъ доказываютъ, что римскіе юристы не только въ закладываніи тѣлесныхъ вещей, но совершенно также и въ закладываніи правъ видѣли настоящее, *собственное* закладное право. «Pignus nominis, говоритъ Зомъ [13]), не есть quasi pignus, какъ usufructus nominis есть quasi usufructus, а дѣйствительный pignus *того же самаго содержанія и той же самой юридической природы*, какъ и закладное право на тѣлесныя вещи. Источники, говоритъ онъ въ другомъ мѣстѣ [14]), представляютъ его, какъ дальнѣйшее развитіе и широкое приложеніе понятія закладнаго права, а не какъ только сдѣлку, родственную по своей цѣли съ закладываніемъ» [15]). То же самое высказываетъ Зомъ и относительно другихъ случаевъ закладыванія правъ. «Въ источникахъ нельзя найти никакого слѣда [16]), чтобы закладное право, установленное суперфиціаромъ и эмфитеутой не было собственнымъ, дѣйствительнымъ закладнымъ правомъ, а только внѣшне-похожимъ на залогъ отношеніемъ. Источники, напротивъ, говорятъ:

l. 13 § 3 D. de pign. 20, 1:

l e g i t i m e consistere creditor potest——

l. 31 D. de pign. 20, 1:

r e c t e fundus pignori datus est.

---

13) Cit. стр. 17. Подробный разборъ мнѣнія, что закладываніе nominis есть ничто иное, какъ условная цессія требованія— см. стр. 42—47.

14) Cit. стр. 45.

15) L. 7. C. de hered. vend. 4, 39. L. 4 C. quae res pign. 8, 17.

16) Cit. стр. 36.

По свидѣтельству источниковъ subpignus является какъ *дальнѣйшее развитіе* закладнаго права посредствомъ приложенія его къ новымъ *объектамъ*,

l. 13 § 2 D. de pign. 20, 1:

Quum p i g n o r i rem pignoratam accipi posse p l a c u e r i t,—

l. 1 C. si pignus pignori 8, 24;

E t i a m id, quod pignori obligatum est, a creditore p i g n o r i obstringi posse, jamdudum p l a c u i t [17]).

Вслѣдствіе такого взгляда римскихъ юристовъ на закладное право на право т. е. что оно не есть quasi pignus, а дѣйствительное закладное право, не было и необходимости ни въ какомъ senatusconsultum, какъ это мы видимъ при usufructus nominis, чтобы закладное право распространить и на права. Напротивъ, въ источникахъ говорится:

l. 7 C. de gered. vend. 4, 39:

Postquam eo d e c u r s u m e s t, ut c a u t i o n e s quoque debitorum pignori darentur——

l. 4 C. quae res pign. 8, 17:

Nomen quoque debitoris pignorari— posse, j a m p r i d e m p l a c u i t——

l. 13 § 2 D. de pign. 20, 1:

Quum pignori r e m p i g n o r a t a m accipi posse, p l a c u e r i t——

l. 11 § 2 D. eod.:

Usupfructus an possit pignori hypothecaeve dari, quaesitum est. Et s c r i b i t P a p i n i a n u s—tuendum creditorem [18]).

17) Sohm, cit. стр. 78.
18) Sohm, cit. стр. 16.

Какъ скоро закладное право и на права, какъ ясно показываютъ источники, является настоящимъ, дѣйствительнымъ закладнымъ правомъ, а не относится къ сдѣлкамъ «передачи», не стоитъ на одной линіи съ traditio или cessio, всегда слѣд. является настоящимъ закладнымъ правомъ; то понятно, что всѣ опредѣленія понятія закладнаго права господствовавшей доктрины являются недостаточными въ смыслѣ ихъ содержанія. Такія опредѣленія вполнѣ вѣрны только относительно одного *вида* закладнаго права—закладнаго права на тѣлесныя вещи, но *не закладнаго права вообще*.

II. Моменты, выражающіе существо закладнаго права.

Чтобы опредѣленіе понятія закладнаго права обнимало весь этотъ институтъ, для этого нужно принять за исходную точку не одинъ только случай закладыванія тѣлесныхъ вещей, какъ это дѣлаетъ господствующая доктрина, но и закладываніе правъ, вообще все закладное право. Но естественно для установленія понятія нѣтъ необходимости излагать весь институтъ во всѣхъ возможныхъ его проявленіяхъ. Для этой цѣли достаточно выдѣлить и опредѣлить тѣ характерные моменты его, которые выражаютъ его существо, его *особую* природу. Такими моментами являются: 1) *объектъ закладнаго права*, 2) *его содержаніе*, 3) *форма* и 4) *его искъ*. Что эти моменты именно выражаютъ его *существо* и, вслѣдствіе этого, только раскрытія *ихъ* достаточно для установленія понятія закладнаго права—это уже можно видѣть изъ одного того, что то или другое пониманіе этихъ моментовъ и даже одного изъ нихъ необходимо отражается и на самомъ опредѣленіи понятія

1) Объектъ закладнаго права.

Объектомъ закладнаго права служитъ вещь, но не только тѣлесная, а въ такой же мѣрѣ и вещь безтѣлесная—право. Закладное право требуетъ отъ своего объекта только одного свойства, чтобы онъ обладалъ имущественною стоимостію и чтобы эта стоимость была объективная, оборотная, однако не продажная только, какъ несправедливо опредѣляютъ это свойство объекта многіе, напр. Пухта, Арндтсъ [19]). Въ числѣ объектовъ закладнаго права мы видимъ и такіе, которые не могутъ быть продаваемы, таковъ объектъ напр. закладное право. «Закладное право, говоритъ Виндшейдъ [20]), какъ таковое (безъ своего требованія) не можетъ быть продаваемо».

По мнѣнію нѣкоторыхъ писателей право, безтѣлесная вещь, никогда не можетъ быть объектомъ другаго права. Ein Recht, говоритъ Вангеровъ [21]), welches kein Recht, sondern der Gegenstand eines Rechts sein soll, ist ein logisches und juristisches Unding. Если это мнѣніе вѣрно, тогда, естественно, *право* не можетъ быть и объектомъ *закладнаго права*. Но дѣйствительно ли это такъ?

«Нѣчто, говоритъ Бремеръ [22]), можетъ быть правомъ и, кромѣ того, предметомъ другаго права. По крайней мѣрѣ, со стороны логики ничего нельзя замѣтить противъ того, что *то нѣчто*, которое въ одномъ

---

19) Puchta, Vorl. 1 § 139. Arndts, Pand. § 367. Какъ основаніе приводятъ слова Гая: Quod emptionem venditionem recepit, etiam pignorationem recipere potest. L. 9 § 1 D. de pign. XX, 1. Но Гай не говоритъ *только то* можно закладывать, что можетъ быть продаваемо.

20) Pand. 1 стр. 589.

21) Pand. 1 (7 изд.) стр. 688.

22) cit. стр. 63.

отношеніи выступаетъ какъ право (доминирующее), въ другомъ отношеніи является какъ правовый объектъ. Если право составляетъ предметъ другаго права, то, естественно, что то отношеніе, въ которомъ оно бываетъ доминирующимъ правомъ, (dominirendes Recht), отличается отъ другаго отношенія, гдѣ оно является подчиненнымъ правомъ (subjicirtes Recht). Какъ доминирующее право, оно *имѣетъ свой объектъ*; какъ подчиненное, наоборотъ, оно само составляетъ *объектъ* и безъ сомнѣнія не тѣлесный, а безтѣлесный». Юридически же это положеніе—право можетъ быть объектомъ—не только мыслимо, но и вполнѣ согласуется съ нашими источниками. Римскіе юристы понятіе res не ограничивали однѣми тѣлесными вещами. Подъ res они разумѣли всѣ составныя части имущества, безъ отношенія къ тѣлесности. Такимъ образомъ, на ряду съ тѣлесными благами они ставили и безтѣлесныя блага [23]). Понятіе о тѣлесныхъ вещахъ и безтѣлесныхъ и ихъ отличіе особенно отчетливо приведены Neuner'омъ [24]). Его взглядъ на этотъ вопросъ заслуживаетъ тѣмъ большаго вниманія, что онъ основанъ, по нашему мнѣнію, на вѣрномъ пониманіи источниковъ. Res corporales—это, по его опредѣленію, натуральныя блага (Güter), существующія уже въ природѣ и потому мыслимыя и безъ обладателя (ohne Hern); res же incorporales—это блага юридическія—блага, которыя создаются посредствомъ конкретнаго юридическаго акта. Безъ этого акта они существуютъ только какъ возможности, но не какъ дѣйствительности. Они также, какъ и тѣлесныя

---

23) Gai. II § 12—14. Tit. Inst. II, 2. L. 1 § 1 D. de rer. divis. 1, 8. Quaedam praeterea res corporales sunt, quaedam incorporales. Corporales eae sunt, quae tangi possunt, veluti fundus, homo, vestis, aurum, argentum, et denique aliae res innumerabiles. Incorporales sunt, quae tangi non possunt, qualia sunt ea, quae in jure consistunt, sicut hereditas, usufructus, obligationes quoquo modo contractae.

24) Neuner, Wesen und Arten der Privatrechtsverhältnisse Kiel 1866. Стр. 45 и слѣд., 55—56, 86.

вещи, имѣютъ реальность, но только въ человѣческомъ представленіи (какъ res, quae non sunt, sed intelliguntur) и въ представленіи притомъ только юридическомъ; и потому они никогда, подобно тѣлеснымъ вещамъ, не находятся безъ обладателя in rerum natura, но всегда существуютъ въ юридической связи съ лицомъ (какъ res, quae in jure tantum consistunt). Но когда и доколѣ они имѣютъ юридическое бытіе, тогда и дотолѣ и въ хозяйственномъ отношеніи имѣютъ значеніе экономическихъ благъ. Разъ уже безтѣлесная вещь составляетъ такое же вещное благо, какъ и тѣлесная, разъ она получила объективное бытіе и такое же значеніе экономическаго блага въ хозяйственномъ отношеніи какъ тѣлесныя вещи (отличаясь отъ нихъ только тѣмъ, что она создается только юридическимъ актомъ и прежде его, въ противоположность тѣлеснымъ вещамъ, не существуетъ, какъ дѣйствительность),—какъ нѣтъ уже никакого основанія, почему бы она, подобно тѣлеснымъ вещамъ, не могла подчиняться господству, не могла быть объектомъ права.

Способность безтѣлесной вещи быть объектомъ собственно закладнаго права тѣмъ болѣе возможна, что для него *индивидуальныя* особенности тѣлесной вещи, ея особенныя *натуральныя* свойства не имѣютъ такого значенія, какъ напр. для сервитутовъ. Для закладнаго права необходимо и существенно одно требованіе отъ объекта, которое, какъ мы видѣли, состоитъ въ томъ, чтобы онъ обладалъ имущественною *стоимостію*—свойствомъ совершенно обстрактнымъ. «Закладному праву, говоритъ Зомъ [26]), подвергается вещь не какъ таковая, т. е. въ ея конкретной индивидуальности, по ея натуральнымъ свойствамъ,—въ закладномъ правѣ вещь является только представительницею имущественной стоимости». Только бы эта стоимость была объективною, оборотною стоимостью. Съ такимъ свойствомъ являются намъ не однѣ только вещи тѣлесныя, но су-

---

25) Sohm, cit. стр. 24.

ществуетъ цѣлый рядъ имущественныхъ правъ, въ которыхъ есть это свойство въ такой же мѣрѣ, какъ и въ тѣлесной вещи.

Если мы, далѣе, посмотримъ на тѣ объекты, которые допускаютъ наши источники для закладнаго права, то увидимъ, что права не только дѣйствительно существуютъ, какъ объекты, въ различныхъ случаяхъ закладыванія, но даже составляютъ преобладающее явленіе. Въ какихъ случаяхъ закладыванія являются объектомъ залога права и въ какихъ—тѣлесныя вещи? —Въ этомъ отношеніи исходнымъ началомъ можетъ служить слѣдующее общее положеніе: можно закладывать только то, что лицо имѣетъ въ своемъ имуществѣ (cujus in bonis res, ususfructus etc. est, какъ это выражается въ формулѣ actio hypothecaria [26]). Въ силу этого общаго положенія нужно признать объектомъ закладыванія безтѣлесную вещь—право не только при закладываніи требованій (nomina) и сервитутовъ [27]),

26) Sohm, cit. стр. 27.

27) Изъ личныхъ сервитутовъ, которые могутъ быть закладываемы, источники прямо указываютъ на ususfructus, который не только учрежденный (ususfructus constitutus), но и имѣющій быть учрежденный (ususfructus constituendus) можетъ быть закладываемъ, какъ это ясно высказывается въ L. 11 § 2 D. 20, 1. Ususfructus an possit pignori hypothecaeve dari, quaesitum est, si dominus proprietatis convenerit, sive ille, qui solum usumfructum habet? Et scribit Papinianus lib. 11 respons, tuendum creditorem, et si velit cum creditore proprietarius agere, non esse ei jus uti frui invito se, tali exceptione eum praetor tuebitur: si non inter creditorem et eum, ad quem ususfructus pertinet, convenerit, ut ususfructus pignori sit. Nam et cum emptorem ususfructus tuetur praetor, cur non et creditorem tuebitur? Eadem ratione et debitori objicietur exceptio. Что касается реальныхъ сервитутовъ, то на основаніи прямыхъ указаній источниковъ servitutes praeditorum rusticorum constituendae могутъ служить обезпеченіемъ, какъ это выражается въ L. 12 eod. Sed an viae, itineris, aquaeductus pignoris conventio locum habeat? videntum esse Pomponius ait, ut talis pactio fiat, ut, quamdiu pecunia soluta non sit, eis servitutibus creditor utatur, scilicet si vecinum fundum habeat, et si intra diem certum pecuenia soluta non sit, ven-

но и при закладываніи эмфитеузиса и supirfecies, публиціанскаго права и самаго закладнаго права, хотя бы его объектомъ была вещь тѣлесная. Подобно тому, какъ in bonis у хозяина сервитута (Distinatär) находится не сама служебная вещь, а право извѣстнымъ образомъ утилизировать ее [28]), тоже самое нужно сказать и объ эмфитеутѣ, суперфиціаріѣ, публиціанскомъ поссессорѣ и залоговѣрителѣ. In bonis и у этихъ лицъ находится только извѣстнаго рода право въ чужой вещи, но не самая тѣлесная вещь. Тѣлесная вещь имѣетъ другаго господина, для *него* она служитъ объектомъ имущества, виндикаціи, юридическаго владѣнія, традиціи [29].

Какъ ни правильнымъ кажется выводъ, который слѣдуетъ изъ положенія: что можно закладывать только то, что лице имѣетъ въ своемъ имуществѣ, относительно свойства объектовъ при закладываніи правъ на чужую вещь и публиціанскаго права, однако не всѣ соглашаются съ нимъ.

По мнѣнію многихъ писателей при закладываніи superficies и emphyteusis объектомъ закладыванія служитъ не jus emphyteucarium или seperficiarium, но самая служебная вещь (corpus), строеніе или земля (fundus) [30]). Римская юриспруденція, по мнѣнію Дернбурга, ставила эмфитеуту и суперфиціарія наравнѣ съ собственникомъ. Какъ доказательство такого взгляда онъ приводитъ то обстоятельство, что преторъ предоставилъ имъ rei vindicatio utilis, что они могли установ-

---

dere eas vicino liceat. Quae sententia propter utilitatem contrahentium admittenda est. Servitutes же praediorum urbanorum ни собственникомъ, ни уполномоченнымъ сервитутомъ не могутъ быть закладываемы, какъ это говорится въ L. 11 §. 3 D. eod. Jura praediorum urbanorum pignori dari non possunt; igitur nec convenire possunt, ut hypothecae sint.

28) Такъ напр. въ L. 4 pr. D. si serv. vind. 8, 5 говорится: loci corpus non est dominii ipsius, cui servitus debetur, sed jus eundi habet.

29) Ср. Neuner, sit. стр. 57—62.

30) Такого мнѣнія напр. Büchel, Erörterungen 1 стр. 414 и сл. 435, 436 (2 изд.). Dernburg, 1 стр. 218—222.

лять на вектигальномъ поземельномъ участкѣ всякаго рода сервитуты [31]). Вслѣдствіе этого, хотя только собственникъ можетъ закладывать самую вещь, римское право должно было дозволить хотя и ограниченное закладываніе *вещи* и этимъ лицамъ. Въ доказательство справедливости такого вывода Дернбургъ приводитъ способъ выраженія источниковъ, въ которыхъ нигдѣ не говорится о закладываніи права—jus emphyteucarium или superficiarium, на самой служебной вещи. Такъ въ источникахъ мы читаемъ:

L. 16 § 2 D. de p. a. 13, 7:

etiam vectigale praedium pignori dari placuit, sed et superficiarium;

L. 15 D. qui pot. 20, 4:

etiam superficies in alieno solo posita pignori dari potest,

L. 31 D. de pignoribus 20, 7:

is fundus a possessore pignori datus est.

Какъ ни кажутся убѣдительными всѣ эти доказательства въ пользу мнѣнія, что при закладываніи эмфитеузиса и суперфиція объектомъ закладыванія служитъ самая вещь; однако, мы не можемъ согласиться съ нимъ. Хотя эмфитеута и суперфиціаръ имѣли для защиты своего права искъ rei vindicatio utilis, хотя они и могли установлять на служебной вещи сервитуты; однако изъ этого нельзя еще заключать, чтобы римская юриспруденція разсматривала emphyteusis и superficies, какъ utile dominium, какъ смотрѣли на нихъ еще глоссаторы и какъ согласно съ ними смотритъ Дернбургъ. Между dominium и этими правами такое

31) L. 1 § 9 D. de superficiebus 43, 18. L. 1 pr. D. quibus modis ususfr. 7, 4.

рѣзкое отличіе, что они, какъ jura in re aliena, не могутъ быть разсматриваемы, какъ utile dominium. Изъ того, что эмфитеута и суперфиціарій могли на самую вещь установлять сервитуты, еще не слѣдуетъ выводить, что они на вещи же могли установлять и закладное право. Достаточно взглянуть на свойство сервитута, ими установляемаго, и закладнаго права. Между тѣмъ и другимъ существуетъ рѣзкая разница. «Чтобы удовлетворить потребности, говоритъ Зомъ [32]), преторъ даетъ эмфитеутѣ и суперфиціарію *само по себѣ не принадлежащее имъ право* установлять сервитуты на fundus. Поэтому римскіе юристы всегда, когда они говорятъ о такихъ сервитутахъ, установленныхъ эмфитеутой или суперфиціаріемъ, не могутъ не упомянуть, что они non jure, non ipso jure constitutae sunt [33]), что установленный ususfructus или usus есть только quasi ususfructus или usus т. е. только подобное отношеніе дѣйствительному узуфрукту [34]), что эти сервитуты существуютъ только tuitione Praetoris, Praetoris jure» [35]). Закладное же право, установляемое ими не есть, подобно сервитутамъ, ими установляемымъ, только *подобное* отношеніе дѣйствительному закладному праву. «Въ источникахъ, говоритъ Зомъ, нѣтъ и слѣда, чтобы закладное право, установляемое эмфитеутой и суперфиціаріемъ, не было *дѣйствительнымъ*, а только внѣшне подобнымъ отношеніемъ» [36]). Что касается до способа выраженія источниковъ, которые закладываніе superficies и emphyteusis обозначаютъ какъ закладываніе fundus или praedium, то на основаніи этого способа выраженія нельзя дѣлать никакого вывода. «Съ такою

32) Sohm, cit. стр. 36 и слѣд.

33) L. 1 pr. D. quib. mod. ususfr. 7, 4, l. 1 § 9 D. de superfic. 43, 18.

34) L. 1 § 6 D. de superf. 43, 18.

35) L. 1 pr. l. 1 § 9 D. quib. mod. ususfr. 7, 4.

36) L. 13 § 3 D. de pign. 20, 1: l e g i t i m e consistere creditor potest L. 31 D. de pign. cod.: r e c t e fundus pignori datus est.

аргументаціею (ссылаясь на способъ выраженія), говоритъ Виндшейдъ [37]), можно будетъ представить и то, что эмфитеута и суперфиціарій *могутъ отчуждать вещь*».

Такое же мнѣніе относительно свойства объекта закладыванія существуетъ и въ случаѣ закладыванія публиціанскаго права. По мнѣнію Дернбурга [38]), римское право подобно тому, какъ эмфитеуту и суперфиціарія, и bona fide поссессора разсматривала въ извѣстныхъ отношеніяхъ, какъ собственника. Такъ преторомъ предоставленъ ему былъ вещный искъ, аналогическій иску собственности; онъ могъ традированную ему вещь считать въ своемъ имуществѣ и обременять ее залогомъ. Но если мы допустимъ, что римское право признавало его «аналогично съ собственникомъ», то онъ далеко еще не былъ настоящимъ собственникомъ вещи, и, вслѣдствіе этого, не она собственно была въ его имуществѣ и онъ не могъ ее обременять залогомъ. Если поссессоръ bona fide имѣлъ полномочіе закладывать, то не потому, что считался одинаковымъ съ собственникомъ, но что за нимъ было признано извѣстное право на вещь, которую онъ владѣетъ bona fide. До тѣхъ поръ, пока преторомъ Публиціемъ не былъ введенъ искъ, его отношеніе къ вещи само по себѣ было, подобно possessio, только фактическимъ отношеніемъ. Если бы узукапіонный владѣлецъ потерялъ владѣніе вещи, къ которой онъ всталъ въ это отношеніе justo titulo и bona fide, или (въ тѣхъ случаяхъ, въ которыхъ, какъ напр. ex causa legati, дѣйствительное право пріобрѣтается безъ полученія владѣнія) долженъ получить владѣнія въ первый разъ, то до этого времени для этой цѣли онъ не могъ выставить никакого иска на вещь [39]). Со времени предоставленія ему иска—Publiciana in rem

37) Pand. стр. 588 not. 3.

38) Dernburg, cit. стр. 222.

39) § 4 J de act. 4, 6.

actio [40]), его фактическое отношеніе къ вещи возводится въ дѣйствительно право. Но, хотя согласно природѣ иска онъ получаетъ вещное право, такимъ образомъ право прямо на (тѣлесную) вещь, однако, какъ это доказываетъ тотъ же искъ, его право не было абсолютнымъ, но только относительнымъ. «Давностный владѣлецъ, какъ говоритъ и самъ Дернбургъ, на вещь, которую онъ пріобрѣлъ отъ несобственника конечно не имѣетъ абсолютнаго вещнаго полномочія». Относительность его права выражается въ томъ, что его право могъ признать не каждый третій, его actio in rem имѣла силу противъ лица, которое infirmiore jure possidet, слѣд. эта actio не имѣла силы противъ собственника вещи и другаго публиціанскаго уполномоченнаго, у котораго было право лучше его. Вслѣдствіе этого, необходимо нужно допустить, что in bonis узукапіоннаго владѣльца—не самая тѣлесная вещь, какъ признаетъ Дернбургъ, такъ какъ эта вещь еще составляетъ объектъ имущества другаго лица—собственника, но только право, защищаемое посредствомъ Publiciana in rem actio—право узукапировать ее въ собственность т. е. публиціанское право. Отсюда ясно, что если узукапіонный владѣлецъ является залогодателемъ, то собственно объектомъ закладыванія можетъ быть только *право*, у него существующіе in bonis, но *не* самая тѣлесная *вещь*.

Остается еще одинъ случай изъ указанныхъ нами, въ которомъ вмѣсто объекта-права признаютъ объектомъ закладыванія тѣлесную вещь. Этотъ случай—

40) Преторъ Публиціи далъ этотъ искъ только для случая traditio объекта собственности ex justa causa a non domino l. 1 D. de publ. 6, 2 и притомъ на основаніи фикціи исполнившагося срока давности. Впослѣдствіи посредствомъ prudentum interpretatio онъ былъ распространенъ не только относительно всѣхъ justae causae acquirendarum rerum (corporalium), l. 13 pr. D. de publ., но такимъ же родомъ пріобрѣтаемыхъ тѣхъ jura in re, которыя по крайней мѣрѣ на основаніяхъ longi temporis possessio допускаютъ давность. L. 11 § 1, l. 12 § 2, 3 D. de publ.

когда закладывается самое закладное право. По мнѣнію многихъ писателей [41]) и въ этомъ случаѣ объектомъ закладыванія служитъ *не самое закладное право*, которое только и находится въ имуществѣ залоговѣрителя, *но объектъ* этого закладнаго права [42]). Въ силу чего же, однако, будетъ существовать не принадлежащее залоговѣрителю полномочіе закладывать самую вещь, а не закладное право? Какъ видно изъ доводовъ, которые приводятъ въ пользу этого взгляда, оно существуетъ въ силу того, что залоговѣритель имѣетъ полномочіе продажи *вещи*. Залоговѣритель отчуждаетъ самую *вещь*, но не свое закладное *право* на ней, въ полномочіи же отчужденія постоянно заключается и полномочіе закладыванія. Если же залоговѣритель имѣетъ полномочіе *отчуждать вещь*, онъ долженъ, заключаютъ, имѣть и полномочіе ее *и далѣе закладывать* [43]). Но, хотя залоговѣритель и имѣетъ право отчужденія вещи, изъ этого еще никакъ не слѣдуетъ, что въ силу этого онъ долженъ имѣть и право ея дальнѣйшаго закладыванія. Почему существуетъ у залоговѣрителя и должно необходимо существовать полномочіе *продажи*? Конечно, не потому, чтобы онъ имѣлъ неограниченную власть распораженія подъ нею, а единственно въ силу того, что продажа есть средство осуществленія *цѣли* закладнаго права, тогда какъ *дальнѣйшее закладываніе* вещи ровно никакого отношенія не имѣетъ къ этой цѣли. Вслѣдствіе этого, *только это* полномочіе и существуетъ у залоговѣрителя надъ объектомъ, а не существуетъ у него полномочія напр. заложенную вещь

---

41) Мнѣніе это, начаная отъ глоссаторовъ до настоящаго столѣтія, было господствующимъ. Его раздѣляютъ и въ новое время многіе писатели, какъ напр. Büchel, cit. стр. 389 и д., Husche, Zeitscr. f. Civilr. und Proc., Bd. 20 стр. 221, Vangerow. Pand. § 368 Anm. 2, Brinz, Pand. 1 стр. 325, 26. Подробный разборъ этого мнѣнія—Sohm, cit. стр. 57—66.

42) L. 12 § 2 D. de furtis 47, 2: creditori quoque damus furti actionem, quamvis i n b o n i s e j u s r e s n o n e s t.

43) Vargerow, Pand. § 368 Anm. 2.

дарить, легировать и т. д. [44]). Прибавка, которую нѣкоторые [45]) дѣлаютъ, что лицо закладываетъ заложенную ему вещь *«въ предѣлахъ* своего закладнаго права» нисколько не измѣняетъ существа дѣла. «Закладываніе вещи *въ предѣлахъ права,* говоритъ Зомъ [46]), есть нѣчто логически не возможное. Вещь должна быть заложена, но однако не съ тѣми дѣйствіями, которыя имѣетъ закладываніе вещи! Дѣйствія должны быть дѣйствіями закладыванія *права,* и однако нужно признавать заложеннымъ не это право, а вещь!» Но если теоритически нельзя оправдать этого мнѣнія, то по видимому его держатся источники. Въ нихъ нигдѣ не говорится о закладываніи закладнаго права, но о закладываніи закладной вещи,

l. 13 § 2 D. de pign. 20, 1:

Quum pignori r e m p i g n o r a t a m accepi posse placuerit——

l. 14 § 3 D. de div. praescr. 44, 3:

Si mihi pignori dederis et ego e a n d e m r e m alii pignoravi——

l. 1 C. si pignor pignori 8, 24:

Etiam i d q u o d pignori obligatum est, a creditore pignori abstringi posse——

Но способъ выраженія источниковъ не всегда бываетъ *теоретически* точнымъ. Это мы видѣли при изложеніи случая закладыванія superficies и emphyteusis. То же нужно сказать и относительно этого случая. Способъ выраженія, говоритъ Зомъ [47]), «здѣсь обхватываетъ только внѣшнюю форму явленія, а не существо дѣла. Залоговѣритель залоговѣрителя (Afterpfand-

44) Cp. Dernburg, I стр. 476. Sohm, cit. стр. 60.
45) Такъ напр. Вангеровъ.
46) Cit. стр. 65.
47) Sohm, cit. стр. 63.

gläubiger) упражняетъ свое закладное право посредствомъ продажи вещи, а не продажи закладнаго права. Съ *внѣшней* стороны subpignus является съ такими же дѣйствіями, какъ и закладное право на вещь».

Тѣлесная *вещь*, какъ объектъ закладыванія, въ силу выше указаннаго положенія—можно закладывать только то, что лице имѣетъ въ своемъ имуществѣ—является только въ одномъ случаѣ, именно, когда залогодатель—*собственникъ* вещи. Только въ этомъ случаѣ закладное право является какъ право на тѣлесную вещь. По мнѣнію Бремера [48]) и когда вещь закладывается собственникомъ, объектомъ закладыванія собственно служитъ не тѣлесная вещь—«не *объектъ* собственности, но *право* собственности» такъ что, по его мнѣнію, объектомъ закладыванія *всегда* единственно служитъ только право. Какъ основаніе для своего мнѣнія онъ приводитъ то, что въ закладномъ правѣ залоговѣритель не имѣетъ никакой власти надъ *тѣломъ* вещи. Власть надъ тѣломъ вещи только тому приписывается, кто имѣетъ физическое воздѣйствіе на вещь, а такого физическаго воздѣйствія не существуетъ у залоговѣрителя. Но дѣйствительно ли у залоговѣрителя не существуетъ никакой власти надъ тѣломъ вещи, никакого физическаго воздѣйствія на вещь? Власть надъ тѣломъ вещи существуетъ и у залоговѣрителя. Самъ Бремеръ, высказывая, какъ общее положеніе, что у залоговѣрителя не существуетъ власти надъ тѣломъ вещи, въ другомъ мѣстѣ между тѣмъ приписываетъ и ему такую власть. «У кого, говоритъ онъ, существуетъ господство надъ правомъ собственности, вмѣстѣ съ тѣмъ у того существуетъ извѣстное господство и *надъ объектомъ* собственности; только это господство «не непосредственное» «но скорѣе посредствуемое господствомъ надъ правомъ». Но подобно тому, какъ въ сервитутахъ власть надъ объектомъ собственности существуетъ не въ силу того,

---

48) Cit. стр. 45—55.

что объектомъ ихъ служитъ право собственности, не чрезъ посредство права собственности, то же слѣдуетъ сказать и о закладномъ правѣ [49]). Какъ тамъ, такъ и здѣсь власть существуетъ въ силу того, что собственникомъ извѣстное свойство объекта его права уступлено въ распоряженіе другому лицу [50]). Все различіе власти зависитъ отъ особенностей того свойства, которое имѣетъ въ своемъ господствѣ залоговѣритель. Сообразно характеру этого свойства объекта собственности, и власть надъ нимъ проявляется иначе, чѣмъ въ сервитутахъ. Тамъ она выражается въ пользованіи служебною вещію, здѣсь въ простомъ владѣніи, безъ права пользованія, и въ продажѣ. Относительно права продажи Бремеръ говоритъ, что «залоговѣритель отчуждаетъ и передаетъ не столько вещь, сколько право собственности, безъ сомнѣнія, *чрезъ* традицію вещи». Противъ этого вѣрно замѣчаетъ Виндшейдъ [51]), что «хотя вполнѣ справедливо, что въ правѣ отчужденія воля залоговѣрителя рѣшаетъ непосредственно не относительно вещи, а относительно права собственности на вещь, но посредственно она рѣшаетъ и относительно вещи». Но если въ правѣ отчужденія власть залоговѣрителя надъ вещію является посредственною, *то въ правѣ владѣнія* она выступаетъ во всей своей *непосредственности*. Залоговѣрителю, когда залогодателемъ является собственникъ, заложенная вещь можетъ быть передана во владѣніе при самомъ закладываніи. Если же этого не было, то въ томъ случаѣ, когда залогодатель находится in mora solvendi т. е. по прошествіи срока не удовлетворяетъ залоговѣрителя, послѣдній имѣетъ право требовать вещь во владѣніе (въ ипотекѣ). Въ томъ и другомъ случаѣ владѣніе носитъ одинъ и

---

49) Это подтверждаютъ и источники, въ которыхъ залоговѣритель ставится наравнѣ съ уполномоченнымъ сервитутомъ. L. 30 D. de nox. act. 9, 4. L. 13 § 1, l. 19 pr. D. de damno inf. 39, 2.

50) Neuner, cit. стр. 59—62.

51) Pand. I § 227 Anm. 7.

тотъ же характеръ, есть не просто detentio, но юридическое владѣніе, которое даетъ залоговѣрителю поссессорныя средства защиты въ случаѣ его нарушенія [52]). Хотя владѣніе въ закладномъ правѣ не есть право, существующее само для себя, или право, стоящее рядомъ съ полномочіемъ отчужденія, хотя оно существуетъ только *ради цѣли отчужденія* [53]); тѣмъ не менѣе нельзя не признать, какъ замѣчаетъ Виндшейдъ, что «во владѣніи воля, уполномоченная залогомъ, есть рѣшающая для *тѣла* вещи».

2) Содержаніе закладнаго права.

Содержаніе закладнаго права составляетъ *то* господство, *та* власть, которую залоговѣритель имѣетъ надъ объектомъ закладыванія. По самому существу закладнаго права, это господство *должно* быть ограниченнымъ. Если бы оно было неограниченное, то объектъ закладыванія перешелъ бы въ имущество залоговѣрителя и тогда у него не было бы *закладнаго* права. Если объектомъ закладыванія служила тѣлесная вещь, то онъ пріобрѣлъ бы право собственности на нее, если —безтѣлесная, то онъ сталъ бы субъектомъ заложеннаго требованія, destinatär'омъ заложеннаго сервитута, тогда какъ на дѣлѣ и собственникомъ, и вѣрителемъ и destinatär'омъ сервитута остается прежній собственникъ, прежній вѣритель и проч.

---

52) Что ипотекарь получаетъ юридическое владѣніе, это напр. доказываетъ то, что Марціанъ закладное отношеніе, въ которомъ кредиторъ несомнѣнно получаетъ юридическое владѣніе, обозначаетъ какъ ипотеку. L. 37 D. de pign. 41, 2. Что ипотекарь пользуется тѣмъ же интердиктомъ, какъ закладопринниматель;— это видно изъ того, что въ источникахъ объ *особыхъ* интердиктахъ, которые бы ему служили защитой, нигдѣ не говорится. Arg. l. 5 § 1 de pign. 20, 1. L. 3. Cod. de pign. 8, 14 cfr. l. 2 Cod. de distr. pign. 8, 28. Объ этомъ будетъ подробнѣе ниже.

53) Bremer, cit. стр. 72—75.

Господство, получаемое залоговѣрителемъ надъ объектомъ закладыванія, по опредѣленію господствующей доктрины, состоитъ *въ правѣ продажи*—jus distrahendi [54]). Но такое опредѣленіе содержанія господства, какъ исходящее изъ одного только случая закладыванія—закладнаго права на *тѣлесныя* вещи, нельзя назвать полнымъ. Оно не только не обнимаетъ содержанія многихъ случаевъ закладнаго права, когда его объектомъ является право, но даже *не всѣ* случаи закладнаго права на тѣлесныя вещи. Состоитъ ли господство залоговѣрителя въ правѣ продажи, когда объектомъ закладыванія служатъ деньги? Въ случаѣ закладыванія денегъ возникаетъ несомнѣнно *настоящее* закладное право [54]) только при тѣхъ самыхъ условіяхъ, которыя требуютъ и для regulare depositum, т. е. чтобы заложенныя или депонированныя деньги сохранялись от-

---

54) Такъ напр. Пухта: полномочіе *продать залогъ,* чтобы чрезъ это получить удовлетвореніе, составляетъ существенное содержаніе закладнаго права. Pand. §§ 193 и 205, Тоже самое высказываетъ Унгеръ, Oesterr. allgem. Privatr. I стр. 530, Дернбургъ и др.

55) О возможности закладнаго права на деньги говорятъ: l. 34 § 2 D. de pign. 20, 1, l. 7 § 1 D. qui pot. 20, 4. Но деньги могутъ быть предметомъ залога не только тогда, когда залогъ касается всего имущества, не только уже существующаго, но и будущаго, но даже и отдѣльно. Въ этомъ случаѣ различаютъ два способа закладыванія: закладываніе денегъ запечатанными или просто. Въ первомъ случаѣ, по мнѣнію Дернбурга, возникаетъ обыкновенное закладное право, во второмъ—pignus irregulare (I стр. 429), по мнѣнію же другихъ—только depositum irregulare. Но это мнѣніе нельзя принять, такъ какъ не всѣ положенія о depositum имѣютъ приложеніе въ этомъ случаѣ. Dernburg, I стр. 429 not. 2. Если же римскіе юристы обозначаютъ закладываніе денегъ, какъ pecuniae depositio, какъ напр. Ульпіанъ въ l. 7 D de stip. praet. 45, 5; то выраженіе deponere часто у нихъ употребляется и для обозначенія установленія pignus, какъ напр. въ l. 36 D. de cond. indeb. 12, 6. Бремеръ, стр. 23 not. 1. Намъ кажется болѣе вѣрнымъ относительно закладыванія денегъ изложенный нами взглядъ Бремера.

дѣльно; между тѣмъ о *продажѣ* залога здѣсь не можетъ быть и рѣчи [56]).

Опредѣленіе *содержанія* господства, получаемаго залоговѣрителемъ надъ объектомъ закладыванія, обнимающее *всѣ* случаи закладнаго права и вполнѣ *согласное съ существомъ* закладнаго отношенія, даетъ намъ Бремеръ. Господство залоговѣрителя, по его опредѣленію, состоитъ въ *полномочіи въ зачетъ требованія*, обезпеченнаго залогомъ, *присвоить* (sich anzueignen) имущественную *стоимость закладнаго объекта* [57]). Опредѣленіе это вполнѣ согласно и съ взглядомъ Зома, который опредѣляетъ закладное право какъ «право на имущественную стоимость объекта», его признаетъ *вѣрнымъ* и Виндшейдъ [58]), хотя считая «*для курса преподаванія* лучшимъ оставаться при употребительномъ способѣ и формѣ изложенія» и не вводитъ его въ свое опредѣленіе понятія закладнаго права.

Но хотя во всѣхъ случаяхъ закладнаго права господство залоговѣрителя надъ объектомъ *состоитъ* въ полученіи имущественной стоимости его, однако не вездѣ одинаковымъ образомъ оно *осуществляется*. Только въ одномъ случаѣ, именно когда объектомъ закладнымъ служатъ деньги, имущественная стоимость является въ своемъ *чистомъ* видѣ. Только въ этомъ случаѣ слѣд. залоговѣритель можетъ прямо, *непосредственно осуществить* свое полномочіе, т. е. въ случаѣ неудовлетворенія получить въ собственность то количество суммы изъ заложенныхъ денегъ, какое требуется для покрытія его долговаго требованія [59]). Совершенно другое представляютъ остальные случаи закладнаго права. Въ нихъ имущественная стоимость закладнаго объекта неразрывно съ нимъ связана. Чтобы получить ее, сна-

---

56) Dernburg, I стр. 429 Ср. II стр. 108 not. 3. Windsched, Pand. I стр. 585 not. 2.

57) Cit. стр. 119, 62.

58) Pand. I § 227 Anm. 7.

59) Brem. cit. стр. 53, 63.

чала еще нужно закладный объектъ *обратить въ деньги* способомъ, который этотъ объектъ допускаетъ по своимъ свойствамъ.

Если закладнымъ объектомъ служитъ тѣлесная вещь, то обращеніе его въ деньги совершается посредствомъ *продажи* или точнѣе посредствомъ отчужденія [60]) «Единственный путь, говоритъ Зомъ [61]), къ возстановленію (Herstellung) имущественной стоимости вещи т. е. обращенію ея въ деньги, есть продажа ея». Вслѣдствіе этого, въ томъ случаѣ, когда объектомъ закладнымъ является вещь тѣлесная, залоговѣритель имѣетъ полномочіе, въ случаѣ неудовлетворенія его требованія, продать заложенную ему вещь (jus distrahendi pignus). Но такъ какъ, для перехода права собственности къ покупателю, нуженъ актъ традиціи вещи, а традировать вещь можетъ только тотъ, кто владѣетъ ею, то для этой цѣли у залоговѣрителя существуетъ *другое полномочіе* [62]). Онъ, если ему при самомъ установленіи залога не передана вещь, можетъ, въ случаѣ неудовлетворенія въ срокъ требованія, посредствомъ actio hypothecaria пріобрѣсть владѣніе заложенной вещію [63]).

Этимъ же способомъ, продажею, совершается *обращеніе* закладнаго объекта *въ деньги* при закладываніи сервитутовъ, emphyteusis'а и superficies. При закладываніи узуфрукта, гдѣ собственно предметомъ закладыванія служитъ не самое jus servitutis, а только *упражненіе* узуфрукта (такъ какъ самое право, какъ установленное въ пользу *опредѣленнаго* субъекта не передаваемо—extraneo cedendo nihil agitur),—залоговѣритель, въ случаѣ его неудовлетворенія, имѣетъ право свое полномочіе продать третьему лицу. «Покупатель пріобрѣтаетъ,

---

60) Bremer, cit. стр. 63, 72.

61) Cit. стр. 21.

62) Несправедливо нѣкоторые писатели, какъ напр. Bachofen, стр. 561 и сл., утверждаютъ, что обязательство залоговѣрителя въ силу договора продажи состоитъ только въ уступкѣ своего закладнаго иска. Dernburg, II § 105.

63) Bremer, стр. 72, 73.

какъ говоритъ Дернбургъ [63]), не право самаго узуфрукта, какъ утверждаютъ нѣкоторые... Право узуфруктуара, не смотря на продажу, продолжается, даже это продолженіе составляетъ *базисъ* полномочій покупателя. Покупатель пріобрѣтаетъ только вещное право на упражненіе *чужаго* узуфрукта.—При закладываніи сервитута, еще не существующаго, въ случаѣ невыполненія долговаго требованія залоговѣрителя, онъ «имѣетъ право, какъ говоритъ Зомъ [64]), чрезъ продажу *установить* сервитутъ другому», въ продажной цѣнѣ возстановляется имущественная стоимость заложеннаго ему полномочія. Тотъ, въ пользу котораго залоговѣритель установляетъ сервитутъ, т. е. покупатель, становится такимъ же обладателемъ его, какъ если бы онъ былъ установленъ самимъ собственникомъ вещи. При закладываніи emphyteusis'а и superficies, залоговѣритель имѣетъ полномочіе отчуждать заложенное ему право. Покупатель въ этомъ случаѣ «вступаетъ въ emphyteusis и superficies точно также, какъ если бы самъ эмфитеута и суперфиціарій совершили отчужденіе» [65]).

Если же объектомъ закладыванія служитъ *требованіе*, то обращеніе его въ деньги можетъ совершаться двоякимъ способомъ, такъ что залоговѣрителю предоставляется выборъ, смотря по обстоятельствамъ, воспользоваться тѣмъ или другимъ способомъ. «Съ одной стороны право требованія, говоритъ Sohm [67]) точно такъ же, какъ вещи и другія права, само есть предметъ имущественнаго оборота: оно можетъ быть отчуждаемо посредствомъ даренія, купли и т. д. Продажная стоимость права требованія есть его имущественная стоимость. Вслѣдствіе этого, закладное право

---

64) 1 стр. 485 и слѣд.

65) Sohm, стр. 33. Такого же мнѣнія относительно содержанія въ этомъ закладномъ правѣ Виндшейдъ, Pand. I § 239 и Бремеръ, стр. 202. Другія мнѣнія и разборъ ихъ см. напр. у Бремера, стр. 194—206, у Арндтса, Pand. § 367 Anm. 2 c.

66) Sohm, стр. 42.

67) Cit. стр. 47 и 48.

на право требованія можетъ выражаться, какъ закладное право на тѣлесныя вещи и на вещныя права, въ правѣ продажи.—Съ другой стороны, право требованія... само есть право на имущественную стоимость. Имущественная стоимость, которую можетъ продуцировать право требованія, репрезентируетъ его собственную имущественную стоимость. Такимъ образомъ право требованія само имѣетъ силу возстановить свою собственную имущественную стоимость... Такъ рядомъ съ jus distrahendi въ закладномъ правѣ на требованія выступаетъ съ совершенно одинаковымъ значеніемъ jus exigendi». Что дѣйствительно въ закладномъ правѣ на требованіе у залоговѣрителя существуетъ и jus distrahendi и jus exigendi—объ этомъ въ источникахъ находятся прямыя указанія [68]). Если залоговѣритель обращается къ jus exigendi, то онъ получаетъ или деньги, или другую вещь, corpus, смотря потому, что было объектомъ заложеннаго требованія. Въ первомъ случаѣ залоговѣритель удерживаетъ изъ полученныхъ денегъ, сколько требуется, чтобы покрыть свое требованіе, которое существуетъ у него противъ залогодателя, а что остается *сверхъ* обязывается лично къ реституціи залогодателю, словомъ,—онъ поступаетъ точно такъ же, какъ залоговѣритель закладнаго права на тѣлесную вещь, получившій деньги посредствомъ продажи заложенной вещи. Въ источникахъ въ этомъ случаѣ говорится о залоговѣрителѣ, что онъ компензируется съ собою,

L. 18 pr. D. de pign. act. 13, 7:
—si id nomen pecuniarium fuerit, exactam pecuniam t e c u m p e n s a b i s——

l 13 § 2 D. de pign. 20, 1:
—si quidem pecuniam debet is, cujus nomen pignori datum est, exacta ea creditorem s e c u m p e n s a t u r u m.

---

68) L. 15 § 10 D. de re jud. 42, 1. L. 18 pr. D. de pign. act. 13, 7. L. 7 C. de hered. vendit. 4, 39. L. 13 § 2 D. de pign. 20, 1. L. 4 C. quae res ign.p 8, 17.

Точно также говорятъ источники и о залоговѣрителѣ закладнаго права на тѣлесную вещь, который удовлетворяется изъ денегъ, полученныхъ чрезъ продажу вещи,

l. 3 C. de luit. pign. 8, 31:

—rebus in solutum datis, sive distractis, compensato pretio—

Во второмъ случаѣ когда залоговѣритель получаетъ не деньги, а другія вещи, его закладное право чревращается [69]) ipso jure изъ закладнаго права на требованіе въ закладное право на тѣлесную вещь,

l. 18 pr. D. de pign. act. 13, 7:

—si vero corporis alicujus (nomen fuerit), id, quod acceperis, erit tibi pignoris loco.

l. 13 § 2 D. de pign, 20, 1:

—si vero corpus debuerit et solverit, pignoris loco futurum.

Нѣкоторые [70]), основываясь на выраженіи pignoris loco esse, утверждаютъ, что залоговѣрителю предоставляется въ этомъ случаѣ только jus retentionis. Но приведенное выраженіе только тогда относится въ источникахъ къ праву удержанія, когдо оно соединено со словами: retinere, ac si, quasi [71]). въ противномъ случаѣ всегда обозначаетъ дѣйствительный залогъ [72]).

Совершенно отлично обращеніе закладнаго объекта въ деньги въ остальныхъ двухъ случаяхъ закладнаго права, именно, когда объектомъ его служитъ *самое закладное право* и *право публиціанское*.

---

69) Bremer, cit, стр. 166.

70) Sohm, стр. 52 not. 1.

71) l. 15 § 2 D. 47, 2. Quia eo casu quasi pignoris loco ea res fuit. l. 13 § 8 D. 19, 1. venditor enim quasi pignus retinere potest eam rem. l. 31 § 8 D. 21, 1. nam venditor pignoris loco, quod vendidit, retinet.

72) Дыдынскій, стр. 240.

Если объектомъ служитъ закладное право, продажа объекта, которая является въ другихъ случаяхъ закладнаго права, то какъ единственный способъ обращенія закладнаго объекта въ деньги, то въ соединеніи съ jus exigendi, какъ въ закладномъ правѣ на требованіе,—въ этомъ случаѣ становится невозможною. «Закладное право какъ таковое (безъ его требованія) не можетъ быть продано». «При закладываніи закладнаго права возможность отчужденія того объекта, на которомъ конституировано закладное право, отпадаетъ» [73]). Вмѣсто права продажи здѣсь существуетъ другой способъ обращенія закладнаго объекта въ деньги—*упражненіе заложеннаго закладнаго права*. «Закладное право здѣсь, какъ говоритъ Зомъ [74]), не нуждается ни въ какомъ *особомъ* средствѣ, чтобы достигнуть своей цѣли; оно находитъ это средство уже въ самомъ объектѣ, который ему подчиняется... Для него достаточно здѣсь *употребить силы подчиненнаго ему права* для своихъ цѣлей». Вслѣдствіе этого, если объектъ закладнаго права—закладное право на тѣлесную вещь, то залоговѣритель можетъ продать вещь, которая служитъ объектомъ послѣдняго [75], какъ это ясно высказывается въ

l. 1. C. si pign. pignor. 8, 24:

> Quodsi... ante exsolutam a domino pecuniam creditor secundus pignus acceptum vendidit, non posse venditionem, post soluta pecunia, rescindi—

Въ томъ же полномочіи продажи содержится упражненіе заложеннаго закладнаго права, когда объектомъ послѣдняго служатъ *сервитуты*, emphyteusis и superficies. Если же объектомъ заложеннаго закладнаго права будетъ *право требованія*, то залоговѣритель имѣетъ полномочіе или продать, или самъ осу-

73) Windscheid, Pand. 1 стр. 589. 631. Sohm, стр. 85.
74) Стр. 84 и д.
75) Sohm, стр. 131—137.

ществить это право требованія [76]). Вообще залоговѣритель въ закладномъ правѣ на закладное право (Afterpfandgläubiger, secundus creditor или какъ наз. Дыдынскій перезалогоприниматель) для обращенія своего закладнаго объекта въ деньги пользуется тѣми полномочіями, которыя даетъ самый объектъ—заложенное закладное право.

Подобно закладному объекту—когда онъ есть закладное право—и публиціанское право не отчуждаемо. У залоговѣрителя, когда оно является объектомъ его закладнаго права, *вмѣсто продажи* существуетъ другое полномочіе—*упражненіе публиціанскаго права*. Онъ, въ случаѣ неудовлетворенія, можетъ взять вещь во владѣніе и вмѣсто bonae fidei possessor'a удерживать ее во владѣніи до тѣхъ поръ, пока не пройдетъ давностный срокъ. Когда по истеченіи давностнаго срока узукапіонный владѣлецъ становится собственникомъ вещи; закладное право залоговѣрителя изъ закладнаго права на публиціанское право превращается въ закладное право на тѣлесную вещь, въ которомъ уже способомъ обращенія закладнаго объекта въ деньги является полномочіе продажи [77]).

Господство, которое залоговѣритель имѣетъ въ закладномъ правѣ надъ его объектомъ, состоящее, какъ мы видѣли, въ полученіи имущественной стоимости его или непосредственно, или чрезъ обращеніе его сначала въ деньги, существуетъ у него въ силу закладнаго права. Осуществляя это господство *залоговѣритель* поступаетъ только какъ залоговѣритель, но *не какъ* procurator *залогодателя*. Послѣдній взглядъ, хотя въ настоящее время и не раздѣляется большенствомъ, тѣмъ не менѣе высказывается многими [78]). Главное

76) Sohm, стр. 137—141. Bremer, стр. 217 и слѣд.

77) Bremer, стр. 67, 191—194 Ср. стр. 163—177.

78) Такого мнѣнія напр. Glück, Pand. 19 стр. 391, 17 стр. 78. Keller, Pand. § 200. Sintenis, Pfandrecht стр. 513. Anm. 7 Gesterding Pfandrecht § 76.

основаніе, изъ котораго выводится этотъ взглядъ, то, что залоговѣритель не дѣлается собственникомъ заложенной вещи, и слѣд. онъ, какъ не собственникъ, не можетъ отчуждать чужую вещь и чрезъ традицію переносить право собственности на другое лицо. Однако, не каждый, кто уполномочивается отчуждать вещь, долженъ считаться прокураторомъ собственника: такъ magister bonorum, который по классическому праву продавалъ конкурсную массу, не считался прокураторомъ; равно fiscus, который можетъ отчуждать чужія вещи, не есть прокураторъ собственника. Если сравнить отношенія прокуратора и залоговѣрителя при отчужденіи, то отношенія послѣдняго являются особенными, не похожими на отношенія прокуратора. Если прокураторъ долѣзнымъ образомъ продаетъ вещь, которую ему поручено продать, то продажа ничтожна, у собственника и послѣ продажи остается rei vindicatio [79]). Совершенно другое послѣдствіе такой продажи бываетъ у залоговѣрителя. Хотя онъ, *подобно* прокуратору, долженъ какъ можно строже при продажѣ соблюдать интересы залогодателя, стараться продавать предметъ по возможности дороже [80]), однако, если онъ поступаетъ при продажѣ недобросовѣстно (mala fide), продажа становится *не ничтожною*, но вполнѣ дѣйствительною и залогодателю дается *только право начать противъ залоговѣрителя искъ*, actio pignoratitia contraria, о вознагражденіи убытковъ (id quod interest [81]).. Въ подтвержденіе мнѣнія, что залоговѣритель отчуждаетъ вещь, какъ procurator собственника, приводятъ то обстоя-

79) L. 7 § 6. D. pro emptore 41, 4. Cp. Dernburg, II стр. 158—160.

80) Cfr. l. 3 § 5 C. de jure dominii empetr. 8, 34... «sacramenti religionem praestare compellatur, quod... tanti vindiderit rem, quanti potuerit venire».

81) L. 7 C. de distractione pignorum 8, 28. Si cessante solutione creditor, non reluctante lege contractus, ea, quae sibi pignori nexa erant, distraxit, revocari venditionem iniquum est, quum, si quid in ea re fraudulenter fecerit, non emptor a te, sed creditor conveniendus sit.

тельство, что первоначально залоговѣритель могъ отчуждать заложенную вещь только voluntate debitoris, въ силу предварительнаго особаго соглашенія съ залогодателемъ (pactum de alienando). Изъ этого обстоятельства заключаютъ, что въ послѣдствіи, когда залоговѣритель могъ отчуждать и безъ особаго договора, это право у него существовало въ силу *подразумѣваемаго* на продажу вещи согласія залогодателя, которое является, такъ сказать, замѣною прежняго договора, такъ что залоговѣритель и теперь безъ заключенія особаго договора, продавая вещь, поступаетъ только какъ представитель залогодателя и какъ выполнитель его воли. Въ исторіи развитія этого существеннаго полномочія залоговѣрителя первоначально дѣйствительно залоговѣритель имѣлъ это право только въ силу предварительнаго соглашенія, въ послѣдствіи же оно признавалось существующимъ и безъ особаго договора [82]). Однако, въ силу чего признавалось это право за залоговѣрителемъ? въ силу подразумѣваемаго согласія дебитора, какъ доказываютъ раздѣляющіе вышеприведенный взглядъ, или въ силу того, что это право считалось существенною частію закладнаго договора? Первоначально, когда римская юриспруденція разсматривала это явленіе съ внѣшней стороны, дѣйствительно, это полномочіе она признавала, какъ нѣчто внѣшнее для закладнаго договора, какъ существующее у залоговѣрителя только въ силу подразумѣваемаго согласія залогодателя. Слѣды такого воззрѣнія мы находимъ даже у Гая, хотя и онъ самъ считаетъ такое объясненіе только вѣроятнымъ. Такъ въ lib. II § 64 онъ говоритъ:

> Ex diverso agnatus, furiosi curator, rem furiosi alienare potest ex lege XII tabularum; item procurator — —; item creditor pignus ex pactione, quamvis ejus ea res non sit. Sed hoc forsitan ideo videatur fieri, quod

82) Dernburg, I стр. 85 и слѣд.

> voluntate debitoris intelligitur pignus alienari, qui olim pactus est, ut liceret creditori pignus vendere, si pecunia non solvatur.

Но па этомъ воззрѣніи римская юриспруденція *не остановилась.* Когда она взглянула па это явленіе не съ внѣшней стороны, это воззрѣніе было оставлено, право продажи стало разсматриваться какъ *необходимая* часть закладнаго договора, такъ что залоговѣритель, совершая продажу заложенной ему вещи, является только осуществляющимъ jus suum. Такой взглядъ римской юриспруденціи ясно доказывается источниками. Папиніанъ говоритъ: in venditione, quae jure pignoris est facta, s u u m creditor n e g o ti u m gerat [83]). Ульпіанъ находитъ, что кредиторы, хотя debitoris fundum vendunt, однако jus suum exsequuntur [84]), Павелъ замѣчаетъ, что кредиторъ jure suo продаетъ залогъ [85]). Вслѣдствіе этого, если бы даже былъ присовокупленъ pactum de non vendendo къ закладному договору, то и онъ *не можетъ* уничтожить это право залоговѣрителя [86]). Что касается до того мѣста въ источникахъ, въ которомъ видятъ подтвержденіе противоположнаго взгляда, именно l. 29 D. fam. erc. 10, 2, гдѣ говорится

> quod creditor egit, pro eo habendum est, ac si debitor per procuratorem egisset,—

то это мѣсто нисколько не можетъ служить доказательствомъ. Въ этомъ мѣстѣ залоговѣритель сравнивается съ прокураторомъ совершенно въ особомъ значеніи. «Павелъ, какъ говоритъ Бахофенъ, сдѣлавши тщательный и подробный анализъ всего закона, изъ котораго взяты вышеприведенныя слова [87]), въ этомъ

83) L. 42 D. de p. a. 13, 7.
84) Cfr. L. 5 § 3 и l. 7 § 1 D. de rebus 27, 9.
85) L. 13 D. de distr. pign. 20. 5.
86) L. 4 D. de p. a. 13, 7.
87) Cit. стр. 196—207.

мѣстѣ говоритъ объ adjudicatio залога, а не о продажѣ его. Adjudicatio залога и продажа его не имѣютъ между собою никакого сходства. Объ отчужденіи заложенной собственности и удовлетвореніи изъ суммы, вырученной изъ продажи, при adjudicatio не можетъ быть и рѣчи». Но естественно, кто понимаетъ полномочіе продажи какъ только прокураторское, тотъ долженъ необходимо и закладному иску придать прокураторское пониманіе. Такъ дѣйствительно, мы видимъ, и дѣлаетъ Рудорфъ [88]). «Serviana, говоритъ онъ, есть виндикація, только не изъ собственнаго права вѣрителя, а изъ права залогодателя. Вѣритель ищетъ cognitorio или procuratoria nomine, онъ заимствуетъ intentio отъ лица dominus'a и только condemnatio относитъ къ своему лицу». Но высказывается ли такой взглядъ на закладный искъ въ источникахъ? «Наши источники, говоритъ Бахофенъ [89]), не даютъ ни малѣйшаго указанія на прокураторское пониманіе, они гораздо болѣе содержатъ мѣстъ, способъ выраженія которыхъ едва ли можетъ быть согласнымъ съ такимъ пониманіемъ. De pignore jure honorario nascitur ex pacto actio [90]). Это мѣсто *ясно* говоритъ, что закладной искъ основывается *на закладномъ договорѣ*, каждый же такой договоръ заключаетъ въ себѣ factum [91]), вслѣдствіе чего посредство фикціи, какъ фикціи прокураторства, не возможно».

5) Форма закладнаго права.

Какого характера то господство, которое залоговѣритель получаетъ въ силу закладнаго права надъ объектомъ закладыванія, или, какъ выражаются нѣко–

---

88) Zeitschr. f. gesch. RW. XIII стр. 231 и 247.
89) Стр. 55.
90) L. 17 § 2 D. de pact. 2, 14.
91) L. 27 § 2 D. de pact. 2, 14.

торые современные писатели, какую форму имѣетъ закладное право?—отвѣтъ на этотъ вопросъ далеко не одинаковый у разныхъ пандектистовъ.

По одному взгляду закладное право есть вещное право (dingliches Recht, Sachenrecht), есть jus in re. Этотъ взглядъ ясно былъ высказанъ глоссаторами [90]), и уже съ того времени закладное право стали обозначать какъ jus in re. Его и въ новое время держатся многіе писатели [91]), какъ наприм. Пухта, Лангъ, Виндшейдъ, Дернбургъ, Бахофенъ, Келлеръ.

По другому взгляду закладное право есть право требованія obligatio rei in securitatem crediti constituta—отличающееся отъ остальныхъ правъ требованія только тѣмъ, что въ немъ не лице, а вещь является какъ обязавшійся субъектъ (das verpflichtete Subject), вслѣдствіе чего и для осуществленія его служитъ не actio in personam, но actio in rem. Такимъ образомъ, по этому взгляду, закладное право является какъ *вещное право требованія* (ein dingliches Forderungsrecht). Взглядъ этотъ явился какъ опроверженіе перваго взгляда. Онъ въ первый разъ ясно былъ высказанъ Мюленбрухомъ, приведенъ въ систему и обставленъ доказательствами Бюхелемъ, такъ что онъ извѣстенъ подъ именемъ взгляда Бюхеля [92]). Подобно первому взгляду этотъ взглядъ, хотя и съ нѣкоторыми модификаціями, раздѣляютъ многіе писатели [93]), какъ напр. Синтенисъ, Гушке, Вангеровъ, Гофманъ.

---

91) Особенно ясно его высказалъ Negusantius. Et quia hypotheca constituitur desuper rebus, ideo dicitur jus in re seu jus reale seu actio realis, quia per illam non obligatur persona debitoris sed res. Dernburg, I стр. 105 not. 2.

92) Литературу см. напр. Dernburg, I стр. 105 not. 1. Windscheid. 1 стр. 279 not. 8,

93) Исторію этого взгляда см. въ статьѣ Ланга, Archiw f. civ. Praxis. Bd. 28. стр. 330 и слѣд.

94) Литературу см. Dernburg, I стр. 105 not 1. Windscheid, Pand. 1 стр. 279 not. 8.

Оба взгляда *преимущественно* ограничиваются опредѣленіемъ формы только закладнаго права на тѣлесныя вещи, только оно есть jus in re, или obligatio rei. «Если предметъ закладнаго права, говоритъ Пухта [95]), есть (тѣлесная) вещь, тогда закладное право имѣетъ свойства вещнаго права,—и наоборотъ, оно, конечно, не имѣетъ этихъ свойствъ, если предметъ его есть право» Тоже самое высказываетъ Дернбургъ [96]), Арндтсъ [97]). Въ послѣднемъ случаѣ—когда права служатъ предметомъ залога—природа закладнаго права опредѣляется по свойству этихъ правъ. Такое ограниченное приложеніе того и другого взгляда только къ закладному праву на тѣлесныя вещи являлось какъ необходимая консеквенція господствовавшей теоріи самаго закладнаго права. Если только закладное право на тѣлесныя вещи есть *собственно* закладное право, то естественно для опредѣленія его характера, какъ вещнаго или личнаго, надо исходить изъ этого случая залога. Но за то, какъ скоро доказано, что закладное право, не смотря на различіе его объекта, всегда есть *собственное* закладное право, одного и того же характера и содержанія, такое ограниченіе при опредѣленіи формы только закладнымъ правомъ на тѣлесныя вещи должно былосамо собою пасть. Какую же форму имѣетъ закладное право вообще? Есть ли оно—jus in re или obligatio rei?

Въ первый разъ рѣшеніе этого вопроса выпало на долю Зома. Онъ, доказавши въ первый разъ, что закладное право не только тогда, когда объектомъ его служитъ тѣлесная вещь, но и когда его объектъ составляетъ право, есть одинаковое закладное право, естественно не могъ уже ограничиться при опредѣленіи формы только закладнымъ правомъ на тѣлесныя вещи. «Извѣстно, говоритъ онъ [98]), что на понятіе закладнаго

---

95) Vorlesungen I (изд. 4) стр. 413.
96) Cit. 1 стр. 487 и 490.
97) Pand. стр. 580.
98) Cit. стр. 6.

права смотрятъ двоякимъ образомъ. По взгляду однихъ оно есть jus in re, по взгляду другихъ—obligatio rei... Обѣ теоріи опредѣляютъ только существо закладнаго права на тѣлесныя вещи; для труднаго ученія о закладномъ правѣ на права онѣ оставляютъ насъ вполнѣ безпомощными». Казалось бы, при такомъ положеніи Зомъ долженъ былъ избрать такой путь: подвергнуть оцѣнкѣ тотъ и другой взглядъ, существующій относительно формы закладнаго права на тѣлесныя вещи, и потомъ попытать приложить болѣе вѣрный къ закладному праву на права. Совершенно иначе, однако, поступилъ Зомъ. «Я не могу *прямо*, говоритъ онъ, согласиться ни съ тѣмъ, ни съ другимъ взглядомъ. Уже присутствіе спорныхъ вопросовъ, которые выставляются противоположными воззрѣніями, кажется мнѣ неудовлетворительнымъ». Если же закладное право, по его воззрѣнію, ни jus in re, ни obligatio rei, какую же имѣетъ оно форму? Отвѣтъ у него таковъ: хотя закладное право есть «право *опредѣленнаго характера* и *опредѣленнаго содержанія*» [99]) но *безъ опредѣленной формы*. Тогда какъ мы обыкновенно «имущественныя права по ихъ формѣ дѣлимъ на вещныя и личныя», по взгляду Зома «только закладное право по своей формѣ не связано не съ одною изъ обѣихъ формъ; оно можетъ вовнѣ дѣйствовать то вещно, то лично». «Что закладное право на тѣлесныя вещи (Sachenpfandrecht), говоритъ онъ [100]), является какъ вещное право, это есть только консеквенція изъ того, что ему здѣсь подчиняется вещь. Другая форма предмета, подчиненнаго закладному праву, обусловливаетъ другой родъ дѣйствія закладнаго права». «Форма закладнаго права опредѣляется согласно природѣ объекта, который ему подчиняется» [101]. Закладное право такимъ образомъ по формѣ является то вещнымъ, то личнымъ.

---

99) Sohm, cit. стр. 7.
100) Cit. стр. 9 и 26.
101) Cit. стр. 14.

Но такой отвѣтъ Зома далеко не рѣшаетъ вопроса. Онъ находится въ полномъ противорѣчіи съ его собственнымъ взглядомъ на закладное право. Если закладное право всегда одного и того же «опредѣленнаго характера и опредѣленнаго содержанія», то оно должно имѣть одинъ родъ дѣйствія, одну форму. Право, которое имѣетъ одно содержаніе, не можетъ имѣть разнаго рода дѣйствія, разной формы. «Разнаго рода дѣйствіе, говоритъ Бремеръ [102]), при одинаковомъ содержаніи не мыслимо. Форма есть ничто иное, какъ выраженіе той матеріальной власти, которую доставляетъ право». По отношенію же къ формѣ для всѣхъ имущественныхъ правъ существуетъ только двѣ формы: имущественное право должно быть или вещнымъ правомъ, или личнымъ. Подобно тому, какъ нѣтъ права, котораго дѣйствіе небыло бы ни вещное, ни личное, такъ нѣтъ и права, которое бы имѣло дѣйствіе вещно-личное, было вещноличнымъ правомъ. «Противоположеніе вещныхъ правъ и правъ требованія, говоритъ Neuner [103]), содержитъ изчерпывающую альтернативу для всевозможныхъ родовъ правъ. Основаніе этого лежитъ въ границахъ мыслимаго различія матеріальнаго содержанія имущественныхъ правъ—въ томъ..,, что нашему имущественному господству можетъ подчиняться или вещное, или личное благо (Gut). Хотя можетъ случиться, что одно и тоже юридическое отношеніе, какъ совокупное (zusammengesetztes), скрываетъ въ себѣ въ одно и то же время и вещное и личное право (напр. рядомъ съ *вещнымъ правомъ* эмфитеуты въ то же время есть *обязательство* къ уплатѣ годоваго канона), тѣмъ не менѣе каждое отдѣльное *имущественное право* само по себѣ по необходимости почитается или вещнымъ правомъ, или правомъ требованія; нѣтъ третьяго права, и нѣтъ именно ни одного изъ обоихъ свойствъ смѣшаннаго (такъ наз. вещно-личнаго) имущественнаго права».

---

102) Cit. стр. 82.
103) Cit. стр. 78.

Естественно, если закладное право нераздѣльно, всегда одно и тоже, не смотря на различные его объекты, то необходимо оно должно быть одной какой нибудь изъ этихъ единственно возможныхъ формъ: или быть вещнымъ правомъ, или правомъ требованія, но не можетъ быть въ одно и тоже время тѣмъ и другимъ [104]).

Подобно тому, какъ мнѣніе Зома не рѣшаетъ вопроса: какую форму имѣетъ закладное право вообще, такъ его не можетъ рѣшить и мнѣніе Дыдынскаго. Онъ, какъ и Зомъ, признаетъ тоже двойственную форму закладнаго права. Все различіе между ними только въ томъ, что Дыдынскій поставляетъ въ зависимости существованіе той или другой формы не отъ свойства объекта какъ—Зомъ, но отъ той сдѣлки, въ какой закладное право установляется. Если закладное право установляется въ сдѣлкѣ pignus (залога съ владѣніемъ заложенной вещи), тогда оно есть вещное право, если же посредствомъ ипотеки, то является личнымъ правомъ. «Изъ залога pignus, говоритъ онъ [105]), возникаетъ вещное право, а изъ ипотеки—обязательственное отношеніе».

Естественно, если изъ pignus возникаетъ вещное право, а изъ ипотеки—только обязательственное отношеніе, между этими двумя сдѣлками должно быть на лицо существенное различіе. Между тѣмъ никакого существеннаго различія между ними нѣтъ. Единственное различіе ихъ въ томъ, что при установленіи залога pignus въ самой этотъ моментъ передается владѣніе. Но владѣніе не составляетъ существеннаго момента для закладнаго права. Владѣетъ ли залоговѣритель заложенною вещію или оставляетъ ее во владѣніи залогодателя, въ общемъ права его по отношенію къ ней одни и тѣже; тѣмъ болѣе, что и ипотекарный залого-

---

104) Подробный разборъ взгляда Зома дѣлаетъ Bremer, cit. стр. 28—35, 81 и слѣд. и Bekker, Krit. VJSchr. VI стр. 874 и слѣд.

105) Cit. стр. 39.

вѣритель можетъ пріобрѣсть владѣніе залогомъ. «Въ томъ, что составляетъ *существо* залога, говоритъ Арндтсъ [106]), pignus въ собственномъ смыслѣ и hypotheca оба сходны». «Pignus, какъ закладное право говоритъ Пухта [107]), совершенно одинаково съ ипотекой; pignus заключаетъ въ себѣ ипотеку. То, что онъ содержитъ въ себѣ бо́льшаго—владѣніе,—это для свойства закладнаго права составляетъ самый несущественный придатокъ (Zuthat)». Что между ипотекой и собственно залогомъ не существуетъ рѣзкаго различія—это ясно доказываютъ наши источники. Тотъ и другой видъ они называютъ однимъ и тѣмъ же именемъ—pignus.

> Pignus, говоритъ l. 1 pr. D. de pign. act. 13, 7, contrahitur non sola traditione, sed etiam nuda conventione, etsi non traditum est.

Эти слова ясно, кажется, показываютъ, что римскіе юристы не смотрѣли на pignus и ипотеку, какъ теоретически совершенно различныя права между собою. Такой взглядъ римскихъ юристовъ еще болѣе становится яснымъ изъ другихъ мѣстъ источниковъ. Таковы наприм.:

> L. 5 § 1 D. de pign. 20, 1:
>
> Inter pignus autem et hypothecam tantum nominis sonus differt.—
>
> § 7 I de act. 4, 6:
>
> Inter pignus autem et hypothecam quantum ad actionem hypothecariam nihil interest——

Если же между ипотекой и собственно pignus нѣтъ существеннаго различія, какъ это ясно доказываютъ приведенныя мѣста источниковъ, то нѣтъ никакого

106) Pand. стр. 581.
107) Instit. II стр. 634 (изд. 7).

основанія заключать, что изъ pignus возникаетъ вещное право, а изъ ипотеки—обязательственное отношеніе.

Вопросъ: какую форму имѣетъ закладное право требуетъ такимъ образомъ другаго отвѣта, чѣмъ даютъ Зомъ и Дыдынскій. Къ болѣе удовлетворительному рѣшенію его, по нашему мнѣнію, скорѣе можно придти, если принять одно изъ двухъ существующихъ мнѣній относительно закладнаго права на тѣлесныя вещи и посмотрѣть: нельзя ли его приложить и къ закладному праву на права. Какое же именно мнѣніе должно быть рѣшающимъ для всего вопроса,—это зависитъ отъ того, какое изъ нихъ окажется болѣе вѣрнымъ по отношенію къ формѣ закладнаго права на *тѣлесныя вещи.* Какъ скоро то или другое мнѣніе окажется вѣрнымъ относительно закладнаго права на тѣлесныя вещи, оно должно быть вѣрнымъ и относительно закладнаго права на права, такъ какъ закладное право, какъ единое и нераздѣльное, всегда имѣетъ одно и тоже содержаніе и слѣд. всегда должно имѣть одну форму, все равно, служитъ ли объектомъ его тѣлесная вещь, или вещь безтѣлесная — право.

Съ перваго разу изъ двухъ взглядовъ, существующихъ относительно формы закладнаго права на тѣлесныя вещи, кажется болѣе вѣрнымъ тотъ, по которому закладное право есть право требованія—obligatio rei. Такъ какъ закладное право заключаетъ въ себѣ единственно ту цѣль, чтобы доставить вѣрителю обезпеченіе требованія; то, кажется, нѣтъ ничего естественнѣе въ этомъ служебномъ средствѣ видѣть перенесеніе требованія съ лица на вещь и такимъ образомъ считать закладное право только правомъ требованія. Такой взглядъ, по видимому, находитъ свое подтвержденіе и въ томъ сходствѣ, которое замѣчается между закладнымъ правомъ и правомъ требованія. За него, по видимому, высказываются и источники. Римскіе юристы тѣ названія, которыя обыкновенно употребляются ими для обозначенія права требованія, прилагаютъ и къ закладному праву и притомъ не въ видѣ только исключенія, а постоянно какъ обыкновенныя. Такъ, закладное пра-

во они обозначают выраженіями: obligatio. pignoris vel hypothecae vinculum или nexus. Для обозначенія установленія его они употребляють выраженія: rem. pignus и hypothecam obligare, или ex causa pignoris vel hypothecae jure obligare или dare; для обозначенія же прекращенія—distrahere, liberare, luere. solvere. [108]).

Однако, не смотря на всю кажущуюся вѣрность этого взгляда, мы не можемъ съ нимъ согласиться. Если и замѣчается сходство въ нѣкоторыхъ чертахъ между закладнымъ правомъ и правами требованія, то этого сходства далеко еще недостаточно для того, чтобы на основаніи его можно было заключать къ свойству закладнаго права какъ права требованія. Чтобы убѣдиться въ этомъ, мы разсмотримъ нѣкоторыя черты сходства, на которыхъ писатели строятъ свои заключенія объ облигаторской природѣ закладнаго права. Закладное право, какъ извѣстно, подобно праву обязательственному возникаетъ въ силу *одного договора* безъ присоединенія традиціи вещи. Сторонники облигаторской природы залога видятъ въ этомъ самое рѣшительное доказательство правильности ихъ взлядовъ и ставятъ его въ главѣ всѣхъ другихъ доказательствъ. [109]) Но если закладное право и *возникаетъ* въ силу одного договора, какъ право требованія, можно ли однако заключать, что оно въ силу этого сходства *есть* право требованія? Такое заключеніе на основаніи одного сход ства тогда бы только было возможно, если бы дѣйствительно *одно право обязательственное* возникало въ силу договора. Но мы видимъ, что договоръ служитъ основаніемъ не одного только права обязательственнаго, но и такихъ юридическихъ отношеній, которыя относятся къ другимъ явленіямъ системы гражданскихъ институтовъ. Посредствомъ договора возникаетъ бракъ, adoptio, arrogatio. Слѣдуя такому пріему, можно зак-

108) L. 5 § 2 и l. 11 D. quib. mod. pign. 20, 6 и титулъ de pignoribus.

109) Sintenis, Büchel и друг. см. Lang, cit. стр. 369.

лючать и доказывать, что эти права облигаторской природы. «Съ такимъ аргументомъ», скажемъ словами Пухты, точно также «можно и то доказывать, что закладное право есть бракъ». Но не только эти отношенія права семейнаго, но и права вещной природы могутъ возникать *въ силу одного договора*. Такое явленіе мы видимъ въ сервитутахъ. Для установленія сервитутовъ точно такъ же, какъ и закладнаго права, достаточно одного договора.

> Si quis velit vicino, говоритъ § 4 I de servit. 2. 3, aliquod jus c o n s t i t u e r e, p a c t i o n i b u s a t q u e s t i p u l a t i o n i b u s id efficere debet.

Точно также говорится въ отдѣльности относительно установленія узуфрукта.

> Sine testamento vero si quis velit alii usum fructum constituere, pactionibus et stipulationibus id efficere debet. [110]).

110) § 1 I de usufructu 2, 3. Pactiones и stipulationes, какъ форма для установленія всѣхъ сервитутовъ, являются только въ новомъ римскомъ правѣ. Совершенно другое видимъ въ старомъ правѣ. Здѣсь чрезъ pactiones и stipulationes установлялись только сервитуты на провинціальныхъ земляхъ, servitutes же praediorum rusticorum in Italico solo, какъ resm ancipi, должны были установляться чрезъ mancipatio, другіе же, которые не допускали mancipatio, чрезъ in jure cessio. Gai. II. 29—32. Но съ теченіемъ времени mancipatio и in jure cessio вышли изъ употребленія и Юстиніаномъ были окончательно отмѣнены, а съ другой стороны исчезло и различіе между землями in Itatio solo и въ провинціи. Вслѣдствіе этого, pactiones и stipulationes были признаны Юстиніаномъ какъ общая форма установленія всѣхъ сервитутовъ. Впрочемъ, нужно замѣтить съ высказаннымъ нами мнѣніемъ не всѣ согласны. Его держатся Савиньи, Пухта, Арндтсъ и многіе другіе, такъ что въ настоящее время его можно назвать господствующимъ. Прежде господствовавшее мнѣніе, котораго вновь держится Вангеровъ— для установленія сервитутовъ, какъ права собственности, требуется, кромѣ договора, traditio. Только относительно предіальныхъ сервитутовъ in non faciendo всѣ согласны, что достаточно одного

Изъ сказаннаго нами видно, какъ можетъ быть ошибочно заключеніе отъ сходства формы установленія извѣстныхъ юридическихъ отношеній объ ихъ родствѣ или тожествѣ. [111]). Возьмемъ другую сходственную черту. Закладное право, какъ и право требованія, не можетъ быть пріобрѣтаемо посредствомъ свободнаго представительства—per procuratorem. Писатели и эту черту представляютъ какъ доказательство обязательственной природы закладнаго права Но какъ на основаніи сходства формы установленія закладнаго права, такъ, точно также, и изъ этой сходственной черты никакъ еще не слѣдуетъ заключеніе, что закладное право *есть* право требованія. Недопущеніе пріобрѣтенія чрезъ свободное представительство въ римскомъ правѣ было общимъ правиломъ. Per liberam personam nihil adquiri posse—такова была общая норма въ римскомъ правѣ. Такое недопущеніе свободнаго представительства вытекало изъ того общаго характернаго принципа римскаго права, что homo sui juris никогда не можетъ служить орудіемъ для достиженія чужихъ цѣлей, своими дѣйствіями онъ можетъ опредѣлить свое лишь юридическое отношеніе. Оно образовалось въ тотъ періодъ права, когда главные акты были формальныя сдѣлки, гдѣ требовалось непремѣнно присут-

---

договора. Какъ доказательство противоположный взглядъ приводитъ 1, 20 Cod. de pactis 2, 3: traditionibus et usucapionibus dominia rerum, non nudis pactis transferentur. Но въ этомъ мѣстѣ, какъ ясно показываютъ слова dominia r e r u m t r a n s f e r e n t u r, говорится о переходѣ права существующаго, именно права собственности О t r a n s f e r r e сервитута, который *установляется*, но который не существовалъ прежде, нельзя говорить. Вообще заключать отъ способовъ возникновенія собственности къ возникновенію сервитутовъ нельзя. То и другое отношеніе различны. Сервитуты мы видимъ можно учредить тамъ, гдѣ нечего традировать Возможно установленіе сервитута будущаго. Въ иныхъ случаяхъ для возникновенія сервитута не было нужды даже высказывать соглашеніе—достаточно было молчаливаго соглашенія.

111) Dernburg, I. стр. 112.

112) Büchel, Sintenis см. цитаты у Ланга, cit. стр. 380.

ствіе того лица, которое разчитывало па ихъ дѣйствіе, и удержалось даже въ то время, когда въ Римѣ стали пріобрѣтать значеніе и неформальныя сдѣлки, такъ что и въ это время оно считалось общимъ правиломъ.

Исключеніе изъ этого общаго правила было допущено только относительно владѣнія и тѣхъ правъ, которыхъ пріобрѣтеніе обусловливается пріобрѣтеніемъ владѣнія, какъ это выражено въ слѣдующемъ рескриптѣ Императоровъ Діоклетіана и Максиміана:

> Excepta possessionis causa per liberam personam, quae alterius juri non est subdita, nihil acquiri posse, indubitati juris est [113]).

Чрезъ свободное представительство не допускалось пріобрѣтеніе не только закладнаго права, но и сервитутовъ, и притомъ не только при установленіи ихъ въ цивильныхъ формахъ mancipatio и in jure cessio, но и посредствомъ pactiones и stipulationes. Объ этомъ хотя не прямо, но тѣмъ не менѣе ясно говорятъ наши источники. Такъ напр.

> l. 5 D. comm. praed. 8, 4: Servitutem recipere nisi sibi nemo potest—
>
> l. 6 § 2 D. de usufructu 7, 1: Adquiritur autem nobis ususfructus non solum per nosmet ipsos, sed etiam per eas quoque personas, quas juri nostro subjectas habemus. [114]).

Точно къ такому же результату мы пришли бы, если бы подвергли анализу и остальныя сходственныя черты, которыя выставляются, какъ доказательство облигаторской природы закладнаго права [115]). Только

---

113) L. 1. Cod. per quas personas 4, 27 Cp. § 5 Inst. per quas person. 2, 9.

114) cfr. L. 12 D. de servit. 8, 1. l. 8 D. comm. praed. 8, 4.

115) Кромѣ нами розобранныхъ сходственныхъ чертъ писателями этого взгляда приводятся и другія, которыя они считаютъ

тогда на основаніи сходства возможно было бы заключать, что закладное право есть право требованія, если бы это сходство существовало въ такихъ чертахъ, которыя свойственны одному праву требованію, какъ таковому, которыя выражаютъ его *особую* природу, его существо. Совершенно иное въ этомъ отношеніи мы видимъ въ закладномъ правѣ и въ правѣ требованія. Между ими въ самомъ ихъ существѣ лежитъ не примиримое противоположеніе. «Право требованія, говоритъ Дернбургъ, [116]) имѣетъ въ своемъ основаніи *свободу* обязывающагося; оно аппелируетъ на эту свободу, оно старается опредѣлить волю должника; только въ случаѣ невыполненія его обязанностей выступаютъ принудительныя мѣры». Чтобы конструивать закладное какъ право требованіе—obligatio rei, естественно, необходимо (безъ всякаго основанія и безъ всякой цѣли) придать вещи такія свойства, какихъ она не имѣетъ. Ей надо посредствомъ *фикціи приписать личность, активность, свободу.* «*Съ такими аргументами, говоритъ* Пухта послѣ разбора доказательствъ въ пользу отвергаемаго ученія, хотятъ насъ привести къ такому абсурдному положенію: вещь есть должникъ, слѣд. каждая закладываемая вещь есть лицо!» Подобное олицетвореніе было свойственно только *поэтамъ* римскимъ, [117]) а не римской юриспруденціи!

Что же касается до одинаковыхъ выраженій, встрѣчаемыхъ въ закладномъ правѣ и правѣ требованія, то эта одинаковость нисколько не можетъ служить доказательствомъ, что закладное право есть право требо-

---

тоже за таковыя, какъ то: a) закладное право, подобно праву требованія, состоитъ въ одномъ нексѣ; b) оно, какъ и право требованія, недопускаетъ владѣнія и давности; c) что одна и таже вещь можетъ быть закладываема многимъ in solidum. Sintenis, Civilrecht стр. 618 not. 2 (изд. 3 Подробный разборъ ихъ уже сдѣлалъ Лангъ и въ новое время снова—Dernburg. Pfandrecht I стр. 105—121 и во многихъ другихъ мѣстахъ.

116) I стр. 120 ср. 105—107.

117) Dernburg, 1 стр. 121.

ванія. Не только къ закладному праву, но къ сервитутамъ подобныя же выраженія прилагаются источниками. Такъ въ источникахъ говорится о fundus, cui d e b e t u r servitus, [118]) о servitutes, quae d e b e n t u r fundo [119]), о servitutes d e b i t a e, [120]) объ aedes, которыя servitutem d e b e n t, [121]). объ area и domus, quae servitutem d e b e t, [122]) отсюда, что не personae, но praedia servitutem deberent [123]). Точно также ничего не доказываетъ и обозначеніе закладнаго права словомъ obligatio. Оно вовсе не то выражаетъ, что закладное право есть право требованія. «Аргументація *изъ слова*, какъ справедливо замѣчаетъ Пухта, (безъ вниманія къ его возможному болѣе общему и болѣе спеціальному значанію) достойна только низшей ступени изслѣдованія». Въ источникахъ слово obligatio употребляется не только въ спеціальномъ значеніи для обозначенія обязательства должника къ выполненію, но имѣетъ и болѣе общее, болѣе широкое значеніе. Obligatio для обозначенія обязательства, говоритъ Дернбургъ, [124]) есть только *обыкновенное и техническое*, но *господствующимъ* и *исключительнымъ* въ этомъ значеніи никогда не было». Obligatio означало у Римлянъ прежде всего ничто иное, какъ присутствіе твердой связи (Gebundensein), на юридическомъ же языкѣ—существованіе твердой юридической связи. Но оно никогда собою не опредѣляло содержанія того юридическаго отношенія, которое будетъ установлено. Вслѣдствіе этого, obligatio употребляется въ источникахъ не только для обозначенія обязательства къ выполненію—obligatio ad dandum, fa-

---

118) L. 23 § 2 D. de serv. pr. rust. 8, 3.
119) L. 20 § 1 D. de adqu. rer. dom. 41. 1. L. 4 § 29 D. de usurp. 41, 3.
120) L. 20 § 1 D. cit.
121) L. 6. D. de serv. pr. urb. 8, 2.
122) L. 14. 21 D. eod; l. 20 pr. D. si serv. vindic. 8, 5.
123) L. 34 pr. D. de serv. pr. rust. 8, 3.
124) I стр. 118.

ciendum, но иногда и очень часто употреляется для обозначенія *пассивнаго подчиненія вещи вещному отношенію* [125]). Въ подобномъ общемъ значеніи употребляется obligatio и относительно закладнаго права. Имъ вовсе не обозначается, что закладная вещь обязывается ad dandum что нибудь или faciendum, а обозначается только одно, что «крѣпкая, неразрывная связь обвивается вокругъ закладной вещи». Если же въ источникахъ выраженіе-obligatio употребляется *обыкновенно* только при закладномъ правѣ и правѣ требованія, тогда какъ оно по общему своего значенію является вполнѣ приложимымъ къ каждому праву, то это обстоятельство, по мнѣнію Дернбурга, объясняеся тѣмъ, что Римляне употребляютъ obligatio *главнымъ образомъ* для обозначенія такого установленнаго юридическаго отношенія, въ которомъ дѣйствіе должно наступить въ будущемъ моментѣ и съ наступленіемъ котораго юридическое отношеніе должно прекратиться. Вь этомъ отношеніи въ числѣ правъ только закладное право и право обязательственное являются съ такимъ характеромъ. Какъ въ правѣ требованія его главное дѣйствіе—уплата долга можетъ и должно наступить въ будущемъ и съ выполненіемъ его обязательство прекращается, точно также и главное дѣйствіе закладнаго права—полученіе имущественной стоимости объекта чрезъ продажу его или другимъ способомъ можетъ и должно наступить въ будущемъ и съ выполненіемъ его закладное право постигаетъ таже судьба, какъ и право требованія—оно прекращается. Въ этомъ только между закладнымъ правомъ и правомъ требованія и заключается то общее, въ силу котораго въ источникахъ оно обозначается, какъ и право требованія, выраженіемъ obligatio. Если бы *дѣйствительно* закладное право, по взгляду источниковъ, было право требованія, и употребленіе ими выраженія obligatio служило для обоз-

---

125) Примѣры употребленія obligatio въ этомъ значеніи юристами и не юристами см. у Дернбурга, I стр. 118 и слѣд. Ср. Bachofen, cit. стр. 226.

ченія его облигаторской природы, то въ Институціяхъ въ титулѣ de obligationibus (3, 13) должно бы существовать другаго рода дѣленіе обязательственнаго права. Но здѣсь мы видимъ, есть и summa desivisio (§ 1) и затѣмъ идетъ sequens divisio (§ 2), между тѣмъ дѣленія обязательства на вещное и личное (на obligatio rei и personae) совершенно нѣтъ. Точно также и въ § 1 Inst de act. 4. 6, гдѣ тоже дѣлается summa actionum divisio, нѣтъ никакого указанія относительно in rem actio, которымъ должно осуществляться obligatio rei.

Остается изъ двухъ взглядовъ, существующихъ относительно формы закладнаго права, одинъ, что закладное право есть вещное право—jus in re. Хотя этотъ взглядъ и старый, но тѣмъ не менѣе и до сихъ поръ вѣрный. Онъ и въ источникахъ находитъ полное подтвержденіе, хотя прямыхъ указаній въ нихъ встрѣчается и немного. Такъ въ источникахъ мы видимъ, что залоговѣритель ставится наравнѣ съ узуфруктуаромъ и суперфиціаріемъ, и всѣ трое обозначаются, какъ такіе, которые aliquod in ea re jus habent.

Eorum, qui, говоритъ l. 19. D. de damno infecto 39. 2, bona fide absunt, in stipulatione damni infecti jus non corrumpitur, sed reversis cavendi ex bono et aequo potestas datur, sive domini sint sive aliquid in ea re jus habeant, qualis est creditor et fructuarius ei superficiarius.

In noxalibus, говоритъ l. 30 D. de noxal. act. 9. 4, actionibus eorum qui bona fide absunt jus non corrumpitur, sed reversis defendendi ex bono et aequo potestas datur, sive domini sint sive aliquid in ea re jus habeant, qualis est creditor et fructuarius [126]).

126) См. еще l. 8 § 1 C. de praescr. XXX ann. 7, 39 и l. 28 D. de pign. 20, 1, въ которыхъ выраженіе jus in pignore (закладной вещи) употребляется, какъ техническое.

Что выраженіе: aliquid jus in re есть техническое для обозначенія правъ, которыя называются jura in re aliena, это доказываетъ и Ульпіанъ. Онъ завѣщаніе fundus'а, на которомъ тестаторъ имѣлъ право emphyteusis'а, а легаторъ право собственности, считаетъ дѣйствительнымъ, quia aliquid jus is, qui legavit, habet [127]).

Но таковымъ по формѣ является закладное право не только, когда оно идетъ *на тѣлесныя* вещи, какъ признаетъ большинство писателей, раздѣляющихъ этотъ взглядъ, но и тогда, когда объектомъ его служитъ *безтѣлесная вещь—право*. Какъ единое по своему содержанію, какъ всегда *дѣйствительное*, не смотря на различныя свойства объекта, закладное право *всегда* должно имѣть одну опредѣленную форму. Если оно является вещнымъ правомъ—jus in re, когда объектомъ его служитъ тѣлесная вещь, то точно такимъ вещнымъ правомъ—jus in re (хотя въ послѣднемъ случаѣ въ вещи безтѣлесной), оно *должно быть* и тогда, когда объектомъ его служитъ право. «Во всѣхъ случаяхъ, гдѣ закладное право имѣетъ предметомъ безтѣлесную вещь, говоритъ Виндшейдъ [128]), оно въ одинаковой мѣрѣ есть вещное право, какъ и закладное право на тѣлесныя вещи». Самъ Зомъ, высказывая, что закладное право даже и тогда, когда предметомъ его служитъ право, обхватываетъ его «съ *вещною* властію» и притомъ «съ такою же *непосредственностію*, какую мы замѣчаемъ только при правахъ на вещи», былъ на полдорогѣ къ этому взгляду... Вся причина, почему онъ не пошелъ далѣе въ этомъ направленіи, заключается въ томъ, что онъ остановился на господствующей догмѣ относительно различія вещныхъ и личныхъ правъ, не посмотрѣлъ: дѣйствительно ли можно въ цѣлости принять эту догму. Къ совершенно другому результату, сдѣлавши то, что опустилъ Зомъ, пришелъ Бремеръ.

---

127) l. 71 § 5 de legatis I. 30.
128) Pand. I § 227 стр. 653 (изд. 2).

«Во всѣхъ случаяхъ закладное право есть вещное право» [129])—таковъ его выводъ

Главное положеніе, исходя изъ котораго господствующая теорія отвергала возможность вещной формы закладнаго права, когда объектомъ его служитъ право, было то, что вещное право только тогда возможно, когда объектомъ права является вещь тѣлесная (res corporalis). «Только прямо на объекты внѣшняго міра, говоритъ Дернбургъ [130]), только на тѣлесныя вещи римляне считали возможнымъ вещное право». Это положеніе до того признавалось безспорнымъ, что оно вошло даже въ систему, по которой вещныя права отличаются отъ правъ обязательственныхъ, какъ отличительный признакъ первой группы имущественныхъ правъ отъ второй.

Односторонность и ошибочность этого взгляда вытекали само собою изъ того не римскаго пониманія *вещи*, котораго держится эта теорія. «Предметы имущественнаго права, по этой теоріи [131]), суть или телесныя части природы, подверженныя физическому господству человѣка (объекты вещнаго права) или дѣйствія и совершенія человѣка (объекты облигаціоннаго права). Первые называются вещами въ тѣсномъ, собственномъ смыслѣ. Вещи въ широкомъ смыслѣ, когда онѣ означаютъ юридическіе объекты, поэтому раздѣляются на тѣлесныя и безтѣлесныя, и подъ первыми разумѣются вещи въ собственномъ смыслѣ, а подъ послѣдними-дѣйствія, насколько они бываютъ объектами права». Сообразно такому взгляду на вещь она и вещность права опредѣляетъ такимъ образомъ: «вещность права есть свойство его имѣть своимъ непосредственнымъ предметомъ тѣлесную вещь» [132]). Такъ какъ подъ безтѣлесными вещами она разумѣла объекты права требо-

---

129) Cit. стр. 84.
130) Cit. I стр. 487 и 490.
131) Unger, Oesterr. allgem Privatr. I стр. 355.
132) Unger, I стр. 514.

ванія, то положеніе,—что на правѣ, которое по ея взгляду даже не можетъ служить и объектомъ другаго права, не мыслимо вещное право, что послѣднее имѣетъ предметомъ только вещь тѣлесную,—являлось какъ необходимая консеквенція.

Но, какъ мы выше видѣли, пониманіе *вещи* у Римскихъ юристовъ было совершенно иное. Подъ вещію они разумѣли не однѣ телесныя вещи, но и безтѣлесныя. Подъ послѣдними же вещами они разумѣли не объекты права требованія: дѣйствія и выполненія, но права, или какъ Neuner называетъ, юридическія блага, такъ какъ каждое право, какъ скоро оно разъ установлено, имѣетъ объективное, реальное бытіе, составляетъ часть имущества или благо, которое отличается отъ натуральныхъ благъ—тѣлесныхъ вещей только тѣмъ, что оно не существуетъ въ природѣ какъ готовое, но сперва создается посредствомъ юридическаго акта. При такомъ пониманіи *вещи* римскими юристами естественно нѣтъ ничего немыслимаго, что и права могутъ быть объектами вещнаго права точно также, какъ и тѣлесная вещь. «Вещныя права, какъ говоритъ Neuner [133]), могутъ имѣть мѣсто и на правахъ, напр. ususfructus на требованіи»... Вещность права—свойство права имѣть *непосредственное* господство надъ объектомъ не зависитъ отъ свойства *тѣлесности* объекта; возможно непосредственное господство и надъ безтѣлесною вещію—правомъ, когда оно является какъ объектъ другаго права. «Вещное право, какъ опредѣляетъ Neuner [134]), есть такое имущественное право, которое при упражненіи его содержанія даетъ господство *надъ вещнымъ благомъ*, и притомъ *непосредственное* господство надъ нимъ, такъ что уполномоченный реализируетъ упражненіе своего права непосредственно противъ вещи и единственно чрезъ себя самого, а не чрезъ посредство дѣятельности (facere), вытекающей изъ особыхъ основаній обязательства, или

133) Cit. 51, 53.
134) Cit. стр. 53 и слѣд.

не дѣятельности (non facere или pati) другаго лица. Вещнымъ же благомъ мы называемъ каждое благо, которое имѣетъ внѣшнее бытіе, будетъ ли это бытіе тѣлесное или безтѣлесное»

Согласно такому существу вещнаго права, какъ опредѣляетъ его Neuner, естественно, чтобы узнать: есть ли извѣстное имущественное право вещное, нужно разсмотрѣть только: существуютъ ли въ немъ эти два характерные признаки вещнаго права: а) объектъ-вещное благо или вещь, какого бы свойства она ни была, тѣлесная или безтѣлесная, и в) содержаніе—непосредственное господство надъ нимъ, а не «отношеніе *между* вѣрителемъ и должникомъ, слѣд. *между* двумя опредѣленными лицами». «Какъ скоро мы находимъ въ имущественномъ правѣ, говоритъ Neuner [135]), что оно доставляетъ по своему содержанію господство *непосредственное* надъ *вещнымъ благомъ*, тогда это отношеніе по необходимости есть вещное право». Обращаясь съ этимъ вопросомъ къ имущественному закладному праву, мы видимъ *во всѣхъ случаяхъ закладыванія*, не только въ закладномъ правѣ на тѣлесную вещь, но и въ закладномъ правѣ на вещь безтѣлесную - право, *непосредственное отношеніе къ вещному благу*. Только при такомъ свойствѣ закладнаго права возможно и самое достиженіе его цѣли. «Цѣль *каждаго закладнаго* права достигается чрезъ то, говоритъ Neuner [136]), что залоговѣритель ставится въ непосредственное отношеніе къ заложенному ему вещному благу..., залоговѣритель имѣетъ вещное обезпеченіе, независимое отъ лица залогодателя. Такое непосредственное отношеніе мы въ дѣйствительности находимъ при каждомъ закладномъ правѣ... Мы находимъ, что залоговѣритель всегда становится въ непосредственное отношеніе къ закладному праву». При такомъ свойствѣ закладнаго права является какъ совершенно необходимый выводъ, что *закладное право есть вещное право всегда*—не только, когда объектомъ его служитъ

135) Cit. стр. 79.
136) Cit. стр. 79 и слѣд.

тѣлесная вещь, но и когда безтѣлесная—право, и не только когда изъ правъ служитъ объектомъ залога право вещное, какъ наприм. emphyteusis, superficies, но и когда объектъ его есть право требованія.

Относительно закладнаго права на право требованія, какъ доказательство, что закладное право въ этомъ случаѣ не можетъ быть вещнымъ правомъ, кромѣ общаго положенія, что объектомъ вещнаго права можетъ быть только тѣлесная вещь, приводятъ еще то, что вѣритель на своемъ личномъ правѣ не можетъ установить другому вещнаго права. «О вещномъ правѣ залоговѣрителя на заложенное требованіе, говоритъ Дернбургъ [137]), не можетъ быть и рѣчи. Самъ залогодатель не имѣетъ вещнаго права, какимъ же образомъ онъ можетъ предоставить такое право другому!» Въ подтвержденіе этого положенія приводятъ слѣдующее мѣсто изъ источниковъ:

Nemo plus juris ad alium t r a n s-
f e r r e potest, quam ipse habet [138]).

Если бы закладываніе было ничто иное, какъ цессія (cessio) существующаго права, какъ признаетъ это Дернбургъ, то выше приведенное доказательство, равно какъ и мѣсто изъ источниковъ, имѣло бы полную силу. Но закладываніе требованія (nomen) не есть цессія существующаго права. Между цессіей и закладнымъ правомъ на требованіе существуетъ громадное различіе [139]). Закладываніе nomen есть установленіе *новаго, доселѣ еще не существующаго права,* а *не передача* только существующаго. Закладываніе требованія, говоритъ Зомъ [140]), есть «средство конституированія новаго, доселѣ не существовавшаго права на требованіи, находящемся въ имуществѣ залогодателя». По-

137) I стр. 461 и слѣд.

138). L. 54 D. de R. S.

139) Сравненіе цессіи и закладнаго права и ихъ различія—Дыдынскій, cit. стр. 234—237.

140) Cit. стр. 45 и слѣд.

чему же это новое право должно имѣть одну и туже природу съ правомъ, существующимъ у залогодателя? Право требованія, существующее въ имуществѣ залогодателя, въ этомъ новомъ правѣ является только его объектомъ, подобно тому, какъ тѣлесная вещь. Быть можетъ, когда объектомъ является право требованія, у залоговѣрителя не существуетъ *непосредственнаго* отношенія къ объекту? Нѣтъ, именно непосредственное отношеніе къ объекту есть здѣсь совершенно такъ, какъ и въ закладномъ правѣ на тѣлесную вещь. «Кто бы ни былъ, говоритъ Бремеръ [141]), обладателемъ требованія, залотовѣритель можетъ утверждать, что у него на этомъ требованіи существуетъ право. Каждый закладный объектъ, будетъ ли онъ тѣлесная вещь, или право, какъ напр. требованіе, переходитъ къ новому пріобрѣтателю cum sua causa, только обремененный закладнымъ правомъ. О закладномъ правѣ на требованіе, какъ и вообще о каждомъ закладномъ правѣ, въ этомъ отношеніи можно сказать тоже, что обыкновенно говорятъ о закладномъ правѣ на тѣлесную вещь (такъ назыв. Sachenpfandrecht). Залоговѣритель всегда «въ силу его можетъ проявлять власть, существующую у него надъ объектомъ и доставить себѣ удовлетвореніе». Его право въ этомъ отношеніи «независимо отъ судьбы», которую терпятъ закладные объекты, т. е. то обстоятельство, остается ли залогодатель обладателемъ заложеннаго права или оно перешло къ другому лицу, не измѣняетъ ничего ни въ содержаніи, ни въ дѣйствіи закладнаго права». Вслѣдствіе этого, мы не видимъ никакого отнованія признать и за закладнымъ правомъ на требованіе иную природу, чѣмъ природу вещнаго права.

Вотъ современное состояніе вопроса о природѣ закладнаго права, или о формѣ его, какъ вещнаго или личнаго юридическаго отношенія. Мы высказались въ

---

141) Cit. стр. 88 и слѣд.

пользу вещной природы залога, и полагаемъ, что въ связи съ уясненнымъ новыми трудами нѣмецкихъ юристовъ понятіемъ закладнаго права, это есть единственно правильное и послѣдовательно—выдержанное рѣшеніе стараго спора.

4) Искъ закладнаго права.

Каждое право, сообразно своему характеру и существу, имѣетъ и юридическое средство для защиты и осуществленія. Такимъ средствомъ для права служитъ искъ. Искъ, который служитъ для защиты и осуществленія закладнаго права, въ Юстиніановскихъ источникахъ обозначается какъ Serviana, quasi Serviana или просто hypothecaria.

Всѣ иски, которые существуютъ для защиты и осуществленія имущественныхъ правъ, соотвѣтственно ихъ двумъ группамъ, раздѣляются на два вида: actiones in rem и actiones in personam [142]. Какъ между имущественными правами нѣтъ ни одного права, которое бы въ одно и тоже время было и личнымъ и вещнымъ, такъ и между исками нѣтъ иска, который бы относился въ одно и то же время къ тому и другому виду исковъ [143]. Различіе того и другаго иска зави-

---

142) § 1 J. de actionibus 4, 6, Omnium actionum, quibus inter aliquos apud judices arbitrosve de quaque re quaeritur, summa divisio in duo genera deducitur: aut enim in rem sunt aut in personam. Gai. IV, 1. Quod genera actionum sint: verius vedetur duo esse, in rem et in personam.

143) Иски, такъ называемые judicia divisoria, каковы: actio communi dividundo, familiae erciscundae и finium regundorum, о которыхъ говорится, что mixtam causam obtinere videntur, tam in rem quam in personam (§ 20 J. de act. 4, 6), такъ что, по видимому, они относятся въ одно и то же время къ тому и другому видовъ исковъ, въ дѣйствительности суть только actiones in personam, L. 1 § 1 Cod. de annali except. 8, 40. L. 1 D. fin. reg. 10, 1.

ситъ отъ различія права, которое лежитъ въ ихъ основаніи. Если искъ основывается на правѣ обязательственномъ, то онъ—actio in personam, если же на вещномъ правѣ, то—actio in rem. Смотря по отличительному характеру того и другаго права, на которомъ искъ основывается, опредѣляется и его особенное содержаніе и дѣйствіе. Такъ actio in personam, который основывается на правѣ обязательственномъ, сообразно его существу, имѣетъ дѣйствіе только противъ извѣстнаго лица, которое уже опредѣляется существованіемъ самого права, изъ котораго онъ вытекаетъ, т. е. только противъ должника. Искъ же actio in rem, который основывается на вещномъ правѣ, имѣетъ дѣйствіе противъ лица, которое опредѣляется только нарушеніемъ права, котораго заранѣе нельзя опредѣлить, т. е. противъ каждаго третьяго, противустоящаго праву истца. Intentio перваго иска идетъ на adversarium dare, facere oportere, intentio втораго—на каждое esse (ajo, hanc rem meam esse, jus mihi esse) [144]).

Такъ какъ закладное право есть вещное право, то естественно и actio hypothecaria, который служитъ для его защиты, есть вещный искъ—actio in rem. Такой

144) Что дѣленіе всѣхъ исковъ на два вида зависитъ отъ различія правъ, на которыхъ они основываются—это ясно видно изъ источниковъ. Такъ, Юстиніанъ, сказавши въ выше указанномъ § 1 J de act. 4, 6, что omnium actionum summa divisio in duo genera deducitur, продолжаетъ: Namque aqit unusquisque aut cum eo, qui ei obligatus est...., aut cum eo agit, qui nullo jure ei obligatus est, movet tamen alicui de aliqua re controversiam. Quo casu proditae actiones in rem sunt; veluti si rem corporalem possideat quis, quam Titius suam esse affirmet, et possessor dominum se esse dicat: nam si Titius suam esse intendat, in rem actio est. Тоже самое говоритъ и Гай: In personam actio est, qua agimus, quotiens cum aliquo, qui nobis.... obligatus est (contendimus), id est, cum intendimus dare, facere, praestare oportere In rem actio est, cum aut corporalem rem intendimus nostram esse, aut jus aliquod nobis competere, velut utendi fruendi...: item actio ex diverso est adversario negativa. IV. § 2. Arndts, Pand. § 97, Wangerow Bd. 1 Pand. nota 3 къ § 113, Neuner, cit. стр. 54 и 67.

характеръ закладнаго иска ясно обозначается во многихъ мѣстахъ источниковъ [145]). Однако, можетъ ли имѣть приложеніе вещный искъ во всѣхъ случаяхъ закладыванія, и если имѣетъ, то есть ли этотъ искъ— actio hypothecaria? Такъ какъ закладное право, не только когда его объектомъ служитъ вещь тѣлесная, но и когда объектъ есть безтѣлесная—право, имѣетъ содержаніе одного и того же характера, есть вещное право, то необходимо нужно признать, что для защиты его долженъ служить вещный искъ во всѣхъ случаяхъ закладыванія. Съ другой стороны, такъ какъ actio hypothecaria есть искъ, который основывается на закладномъ правѣ и только для защиты его служитъ, то этотъ вещный искъ, имѣющій приложеніе во всѣхъ случаяхъ закладыванія, долженъ быть не иной какой, но actio hypothecaria. Хотя эта мысль и высказывалась нѣкоторыми писателями относительно отдѣльныхъ случаевъ закладыванія [146]), но впервые, какъ намъ извѣстно, была вполнѣ проведена только Бремеромъ [147]).

Совершенно другаго мнѣнія относительно actio hypothecaria держится большинство писателей. По мнѣнію большинства этотъ искъ имѣетъ мѣсто только тогда въ закладномъ правѣ, когда объектомъ его слу-

---

145) L. 17. D. de pignoribus 20, 1: pignoris persecutio in rem parit actionem creditori.—L. 18 C. de pignoribus et hypothecis 8, 14: pignoris vel hypothecae persecutio in rem est.—§ 7. 31. J de action. 4, 6 и Theophilus ad h. t.—L. 16 § 3 D. de pignoribus 20, 1.—L. 3 § 3 D ad exhibend. 10, 4.—L. 9 § 1 D. quib. mod. pign. 20, 6 и др.

146) Такъ напр. Эльверсъ въ своемъ сочиненіи «Servituten», говоря о закладываніи сервитутовъ, утверждаетъ, что въ этомъ случаѣ у залоговѣрителя существуетъ actio hypothecaria. Глоссаторы какъ напр. Cujacius и въ новое время Тротше допускаютъ существованіе у залоговѣрителя при закладываніи требованія actio hypothecaria, хотя только utilis. См. Dernburg, I стр. 487 nota 9, стр. 462 not. 2.

147) Cit. стр. 97—119.

житъ тѣлесная вещь [148]). Когда же объектомъ закладнаго права служитъ безтѣлесная вещь—извѣстное право, actio hypothecaria не имѣетъ приложенія. Какой же искъ существуетъ у залоговѣрителя въ этихъ случаяхъ закладыванія? Искъ аналогическій съ тѣмъ правомъ, которое служитъ объектомъ закладнаго права, употребляемый въ этомъ случаѣ, какъ actio utilis. слѣдовательно, всякій разъ иной искъ, имѣющій свою особую теорію. Такъ, при закладываніи сервитутовъ искомъ служитъ actio confessoria utilis, при закладываніи emphyteusis—utilis actio vectigalis, при закладываніи superficies—utilis actio de superficie, при закладываніи требованія—utilis actio in personam, при закладываніи закладнаго права—utilis hypothecaria [149]).

Такое мнѣніе относительно закладнаго иска, раздѣляемое большинствомъ писателей, намъ нисколько не кажется удивительнымъ. Оно является, какъ необходимая консеквенція изъ того взгляда на закладное право на права, который былъ господствующимъ до появленія сочиненія: Die Lehre vom subpignus Зома. Признавая, что только закладное право на тѣлесныя вещи есть дѣйствительное закладное право съ вещнымъ характеромъ, тогда какъ закладное право на права есть *иное* юридическое отношеніе, посредствомъ котораго достигается *цѣль* закладнаго права, естественно оно не могло допустить, чтобы въ послѣднемъ случаѣ могъ служить для защиты постоянно вещный искъ—actio hypothecaria, какъ имѣющій мѣсто только въ *дѣйствительномъ* закладномъ правѣ. Съ другой стороны такой взглядъ относительно закладнаго иска поддерживался и ошибочнымъ пониманіемъ иска—actio hypothecaria. По

---

148) Такое мнѣніе отстаиваютъ Арндтсъ, Унгеръ, Пухта и особенно Дернбургъ, который говоритъ: «actio hypothecaria есть вещный искъ, онъ защищаетъ *только* закладное право на *тѣлесныя вещи*». Cit. II стр. 289.

149) Такого мнѣнія держатся Дернбургъ (cit. стр. 475, 479 и 487), Арндтсъ (Pand. § 382), Пухта (Vorles. § 216, Inst. § 251) и многіе другіе.

мнѣнію многихъ писателей [150]) искъ actio hypothecaria не есть самостоятельный искъ въ закладномъ правѣ, онъ образовался по образцу rei vendicatio и въ существѣ есть ничто иное, какъ utilis rei vindicatio. Если же самый искъ actio hypothecaria есть utilis rei vindicatio, то естественно въ тѣхъ случаяхъ, гдѣ вещь закладываетъ не собственникъ, а напр. эмфитеута, суперфиціаръ, гдѣ слѣд. объектомъ закладыванія является уже не тѣлесная вещь,—для защиты закладнаго права долженъ уже служить не actio hypothecaria, а искъ изъ заложеннаго права—искъ залогодателя, только не какъ directa, а какъ utilis.

Что закладное право во всѣхъ случаяхъ закладыванія есть дѣйствительное, настоящее закладное право съ содержаніемъ одного и того же вещнаго характера—это мы видѣли выше. Здѣсь намъ остается провѣрить только взглядъ на actio hypothecaria, посмотрѣть: дѣйствительно ли этотъ искъ есть только utilis rei vindicatio.

Мнѣніе, что закладный искъ—actio hypothecaria есть только utilis rei vindicatio, находится въ противорѣчіи со всею конструкціею закладнаго права. Коль скоро закладное право не есть право аналогическое съ собственностію, коль скоро оно является особымъ, самостоятельнымъ правомъ въ ряду другихъ правъ, то естественно и искъ, который долженъ служить *единственно* для его защиты и осуществленія, долженъ быть *самостоятельнымъ*, отличнымъ отъ иска другихъ правъ и настолько, насколько самое закладное право отличается отъ нихъ. Исходя изъ этого общаго положенія и сравнивая оба иска—actio hypothecaria и rei vindicatio, мы не смотря на нѣкоторые пункты сходства между ними, въ каждомъ изъ нихъ встрѣчаемъ особенности, сообразныя съ существомъ защищаемыхъ имъ правъ, такъ что закладной искъ является самостоятельнымъ искомъ, который, какъ выражаются источ-

---

150) Такого мнѣнія держатся напр. Пухта, Vorlesung. §§

ники, suas condiciones habet [151]). Закладной искъ actio hypothecaria, какъ извѣстно, предъявляется истцомъ на *основаніи* закладнаго права, такъ что вопросъ настоящаго dominium остается въ сторонѣ, тогда какъ rei vindicatio строится на основаніи права собственности [152]). *Цѣль* иска rei vindicatio—признаніе права собственности на вещи, цѣль же иска actio hypothecaria—признаніе закладнаго права. Сообразно различной цѣли въ каждомъ изъ этихъ исковъ существуетъ и *особый родъ доказательствъ*, сообразный съ существомъ защищаемыхъ ими правъ. Въ первомъ искѣ истецъ долженъ доказать, что онъ—собственникъ вещи [153]), т. е. долженъ доказать способъ пріобрѣтенія права собственности, и если этотъ способъ пріобрѣтенія—деривативный, то онъ долженъ доказать и то, что право собственности было у его предшественника [154]), тогда какъ во второмъ искѣ истецъ долженъ доказать, что онъ есть залоговѣритель, т. е. способъ возникновенія закладнаго права на вещи, и потомъ, что эта вещь въ моментъ закладыванія находилась in bonis закладыванія, т. е. что залогодатель имѣлъ право установить на этой вещи залогъ [155]). Противоположеніе это ясно высказано Марціаномъ. Онъ говоритъ:

---

215 и 216, Бахофенъ, cit. стр. 37 и слѣд., Рудорфъ, Zeitschr. f. gesch. R. W. XIII стр. 231 и даже Зомъ, cit. стр. 20.

151) L. 13 § 4 D. de pign. 20, 1.

152) L. 66 pr. D. de evict. et duplae stip. 21, 2... non idem in Serviana quoque actione probari potest; haec enim etsi in rem actio est, nudam tamen possessionem avocat, et soluta pecunia dissolvitur: unde fit, ut emptori suo nomine competat.

153) L. 9. 23 pr. D. de rei vind. 6, 1. L. 28. Cod. 3. 32. § 4 J. de interd 4, 15.

154) L. 20 pr. D. de acqu. dom. 41, 1.

155) L. 23. D. de prob. et praes. 32, 3: Ante omnia probandum est, quod inter agentem et debitorem convenit, ut pignori hypothecaeve sit: sed et si hoc probet actor, illud quoque implere debet rem pertinere ad debitorem eo tempore quo convenit de pignore. L. 15 § 1 de pign. et hypothecis 20, 1. L. 3 D. h. t. L. 6 Cod. 8, 16. L. 6 C. 8, 17.

Creditor dominium vindicare non potest, sed hypothecam agere potest [156]).

Если бы actio hypothecaria былъ искъ тождественный съ rei vendicatio, только utiliter примѣняемый, то многія особенности его были бы совершенно необъяснимы. Какъ стали бы мы объяснять напр. то, что actio hypothecaria можетъ продолжаться послѣ прекращенія права собственности залогодателя, что онъ направляется не только противъ третьихъ, но и противъ самого залогодателя, у котораго противъ себя самого никогда не существуетъ rei vindicatio. Въ чемъ же, слѣдовательно, состоитъ то сходство, на основаніи котораго можно было бы заключить, что actio hypothecaria есть только utilis rei vindicatio? Бюхель, который держится такого мнѣнія, находитъ это сходство въ томъ, что онъ какъ и rei vindicatio directa направляется «auf Verfolgung der Sache selbst». «Но это обстоятельство, говоритъ Бремеръ [157]), что искъ—actio hypothecaria при закладномъ правѣ на тѣлесную вещь въ извѣстномъ смыслѣ имѣетъ цѣлію «Verfolgung der Sache selbst», нисколько не можетъ подтверждать обозначенія его, какъ utilis rei vindicatio. На преслѣдованіе вещи закладной искъ направляется *не въ томъ особенномъ смыслѣ, какъ искъ собственности*, но только въ *томъ общемъ смыслѣ*, въ какомъ *каждый вещный* искъ прямо преслѣдуетъ свой объектъ». Другое сходство находятъ (напр. Арндтсъ) [158]) въ томъ, что actio hypothecaria, какъ и искъ собственности, «идетъ на плоды или вознагражденіе за нихъ». Но въ одинаковой же мѣрѣ, какъ и искъ собственности? Совершенно нѣтъ! Искъ actio hypothecaria имѣетъ эту цѣль на столько, насколько, какъ и самъ Арндтсъ говоритъ, этого требуетъ цѣль удовлетворенія залоговѣрителя». Но можетъ быть сходны формулы ихъ между собою,

---

156) L. 16 § 5 D. de pignor. 20, 1.
157) Cit. стр. 102.
158) Pand. § 378.

такъ что на основаніи *этого* сходство можно заключать, что actio hypothecaria есть только utilis rei vindicatio? Хотя дѣйствительно и существуетъ мнѣніе, что формула закладнаго иска есть только fictitia formula иска rei vindicatio, однако нельзя согласиться съ этимъ мнѣніемъ. Гораздо справедливѣе тотъ взглядъ, которому слѣдуетъ большинство писателей, что преторъ въ формулѣ закладнаго иска выводилъ фактическія условія кондемнаціи безъ отношенія къ цивильному праву, что слѣд. формула его была formula in factum concepta. Если бы судья разсматривалъ залоговѣрителя посредствомъ фикціи какъ собственника, то оставалось бы совершенно необъяснимымъ, почему же закладной искъ—не тожественнъ съ искомъ rei vindicatio. Съ другой стороны въ источникахъ мы не встрѣчаемъ никакого слѣда, никакого намека на эту фикцію [159]).

Обращаясь къ источникамъ, мы и въ нихъ не находимъ данныхъ, на основаніи которыхъ можно было бы смотрѣть на actio hypothecaria, какъ только на utilis rei vindicatio. Если въ источникахъ и обозначается весьма часто actio hypothecaria словомъ vindicatio [160]), то это обозначеніе нисколько не говоритъ объ ихъ тожествѣ. Выраженіе vindicatio употребляется въ источникахъ не только въ тѣсномъ смыслѣ, какъ обозначеніе иска собственности, но и какъ обозначеніе *вещнаго иска вообще* въ противоположность личнымъ искамъ [161]) Въ этомъ общемъ смыслѣ оно употреб-

---

159) Dernburg, cit. I стр. 78 и 79.

160) Такъ напр. въ l. 16 § 3, l. 28, 29 pr. D. de pign. 20, 1, l. 12 § 1 D. quib. mod. pign. 20, 6, l. 12 pr. D. qui pot. 20, 4, l 10 C. de pign. act. 4, 24, l. 27 C. de pign. 8, 14, l. 4, l. 5 C. de remiss. pign. 8. 26.

161) Gai. IV, 5 Appellantur autem in rem quidem actiones v i n d i c a t i o n e s, in personam vero actiones, quibus dare fierique oportere intendimus, condictiones. § 15 J de act. 4, 6. Appellamus autem in rem quidem actiones vindicationes: in personam vero actiones, quibus dare facere oportere intenditur, condictiones.

ляется и относительно закладнаго иска. Только одно мѣсто мы находимъ въ источникахъ, которое, по видимому, можетъ служить достаточнымъ подтвержденіемъ разбираемаго нами мнѣнія. Это мѣсто слѣдующее:

Iulianus. L. 16 D. de serv. 8, 1.
Ei, qui pignori fundum accepit, non est iniquum, utilem petitionem servitutis dari, sicuti ipsius fundi utilis petitio dabitur.

Но это мѣсто, не смотря на то, что писатели этого направленія, какъ напр. Бюхель, ссылаются на него, какъ на рѣшительное доказательство ихъ мнѣнія, въ дѣйствительности нисколько не служитъ такимъ доказательствомъ. Выраженіе petitio въ источникахъ часто употребляется въ томъ же самомъ смыслѣ, какъ и vindicatio вообще, т. е. *для обозначенія вещнаго* иска [162]). Въ этомъ именно смыслѣ употреблено выраженіе petitio и въ этомъ мѣстѣ. На аналогію rei vindicatio не указываетъ и то обстоятельство, что выраженіе petitio *въ этомъ мѣстѣ употреблено не просто,* но съ прибавленіемъ utilis. *Въ источникахъ выраженіе* utilis actio не всегда употребляется въ смыслѣ аналогическаго иска, иногда подъ этимъ выраженіемъ разумѣется и искъ въ прямомъ дѣйствіи. Въ этомъ послѣднемъ значеніи употребляетъ его тотъ же самый Юліанъ въ другомъ мѣстѣ для обозначенія иска залоговѣрителя [163]). Въ этомъ же значеніи употребленіе его относительно закладнаго иска мы встрѣчаемъ у

---

162). L. 28 D. de obl. et act. 44, 7. Actio in personam infertur: petitio in rem: persecutio in rem vel in personam rei persequendae gratia. L. 178 § 2 D. de V. S. 50, 16—petitionis autem verbo in rem actiones siqnificari videtur. Въ этомъ смыслѣ выраженіе petitio много разъ употреблено въ титулѣ de rei vindicatione

163) L. 1 § 1. D. de Salv. interd. 43, 33. Въ этомъ смыслѣ Юліанъ выраженіемъ utitis actio обозначаетъ interdictum Salvianum и притомъ въ его прямомъ дѣйствіи. Bachofen, cit. стр. 16 not. 16.

Ульпіана [164]). Что въ выше приведенномъ мѣстѣ подъ utilis petitio нужно понимать закладный искъ въ его прямомъ дѣйствіи—это ясно подтверждаютъ другія мѣста одинаковаго съ нимъ содержанія, но приведенныя въ источникахъ изъ другихъ писателей. Такъ Ульпіанъ въ этомъ же самомъ случаѣ, т. е. при закладываніи сервитутовъ обозначаетъ искъ залоговѣрителя просто словомъ petitio безъ прибавленія utilis.

> Ei quoque, qui pignori fundum, говоритъ онъ, acceperit, scribit Iulianus non esse iniquum detentionem (petitionem [165]) servitutis dari [166]).

Гай же вмѣсто petitio или utilis petitio въ этомъ случаѣ употребляетъ выраженіе vindicatio.

> Creditori, cui pignoris nomine, говоритъ онъ, praedium tenetur, permittendum est de jure, id est de servitute, opus novum nuntiare: nam ei vindicatio servitutis datur [167]).

Дѣйствительное значеніе выраженія utilis actio въ приведенномъ мѣстѣ, по мнѣнію Бремера [168]), единственно то, что «какъ самый закладный искъ, такъ и petitio servitutis, существующее у залоговѣрителя на основаніи его pignus, составляютъ только in factum actio» и Юліанъ, называя ихъ utiles, имѣлъ въ виду это общее ихъ свойство.

Взглядъ, что для защиты закладнаго права во всѣхъ случаяхъ закладыванія служитъ обыкновенная directa hypothecaria in rem actio, нисколько не опро-

---

164) L. 10 D. de pign. 20, 1. Это мѣсто по содержанію сходно съ указ. въ предыд. замѣч. Въ немъ Ульпіанъ словами utilis actio обозначаетъ actio Serviana въ его прямомъ дѣйствіи.

165) Здѣсь вмѣсто detentionem нужно читать petetionem. Bachofen, cit. стр. 34 not. 4, стр. 105 not. 7.

166) L. 1 § 5 D. de remiss. 43, 25.

167) L. 9 D. de op. n. n. 39, 1.

168) Cit. стр. 104.

вергается тѣмъ, что въ источникахъ въ двухъ случаяхъ закладыванія прямо приписывается залоговѣрителю—utilis actio. Эти случаи—закладное право на требованіе и закладное право на закладное право. Въ этихъ случаяхъ, какъ и Бремеръ утверждаетъ, дѣйствительно существуетъ у залоговѣрителя и иски залогодателя—utiles actiones, но не какъ единственные только, какъ признаетъ господствующая доктрина, но рядомъ съ directa actio hypothecaria in rem. Въ первомъ случаѣ, т. е. въ закладномъ правѣ на требованіе у залоговѣрителя рядомъ съ directa hypothecaria есть utilis actio in personam, во второмъ— utilis hypothecaria. Необходимость существованія этихъ исковъ рядомъ съ обыкновеннымъ hypothecaria. ихъ различіе и отношеніе къ обыкновенному ипотекарному иску, по объясненію Бремера, зависитъ отъ особаго, свойственнаго только этимъ двумъ случаямъ закладыванія способа осуществленія содержанія закладнаго права.

Въ случаѣ закладыванія требованія, какъ мы выше видѣли, у залоговѣрителя есть два способа осуществленія права: jus distrahendi и jus exigendi. Если залоговѣритель выбираетъ первый способъ, то ему слѣдуетъ доказать передъ судомъ, что требованіе ему заложено, т. е. что у него въ силу залога есть право обратить его въ деньги. Разъ это будетъ констатировано, какъ приведеніе въ дѣйствіе, или осуществленіе его права уже не встрѣтитъ никакого препятствія. Въ этомъ случаѣ имѣютъ приложеніе общія положенія о cessio, подобно тому, какъ въ другомъ случаѣ, когда объектомъ служитъ тѣлесная вещь, имѣютъ силу правила передачи собственности. Покупатель въ силу уже одного договора становится обладателемъ заложеннаго требованія. Но если залоговѣритель, для осуществленія своего права, выбираетъ не jus distrahendi, а другой способъ—jus exigendi, то въ этомъ случаѣ на пути къ осуществленію его права могутъ встрѣтиться такія препятствія, какихъ не было при первомъ способѣ; такъ какъ, при осуществленіи права этимъ способомъ, требуется дѣйствіе третьяго лица—должника залогодателя.

Смотря потому, въ чемъ будутъ состоять эти препятствія, иначе сказать: почему должникъ залогодателя не платитъ залоговѣрителю, и искъ послѣдняго можетъ или directa actio hypothecaria in rem или utilis actio in personam. Если должникъ залогодателя не платитъ потому, что онъ не признаетъ залоговѣрителя, какъ таковаго, въ этомъ случаѣ послѣдній долженъ доказать существованіе своего закладнаго права на требованіи. Средствомъ для этого естественно можетъ служить только actio hypothecaria. Если же залоговѣритель доказалъ существованіе своего закладнаго права на требованіи, между тѣмъ должникъ залогодателя не платитъ, то онъ можетъ требовать уплаты уже посредствомъ долговаго иска. Могутъ имѣть мѣсто еще и другія комбинаціи: если должникъ залоговѣрителя (выше мы говорили о должникѣ залогодателя) не оспариваетъ закладнаго права, но и не платитъ, тогда залоговѣритель можетъ приступить ко взысканію прямо посредствомъ долговаго иска. И далѣе, когда должникъ залогодателя, допуская существованіе закладнаго права, оспариваетъ дѣйствительное существованіе своего обязательства по отношенію къ залогодателю, въ этомъ случаѣ залоговѣритель долженъ уже доказывать, что обязательство по отношенію къ залогодателю дѣйствительно существуетъ, и средствомъ для этого можетъ служить только личный искъ, а не actio hypothecaria.

Въ закладномъ правѣ, когда его объектомъ является закладное право другаго, существо власти залоговѣрителя надъ объектомъ, какъ мы выше видѣли, состоитъ въ томъ, что онъ имѣетъ право пользоваться для осуществленія своего закладнаго права чужимъ закладнымъ правомъ. Для защиты залоговѣрителя и въ этомъ закладномъ правѣ служитъ обыкновенный искъ, actio hypothecaria. Но одного этого иска было бы не всегда достаточно. При существованіи одного этого иска это закладное право въ иныхъ случаяхъ осталось бы безъ осуществленія. Какимъ образомъ залоговѣритель могъ бы осуществить свое закладное право, когда бы оспаривалось существованіе заложен-

наго закладнаго права? Чтобы доказать, что заложенное закладное право существуетъ у его залогодателя, для того actio hypothecaria является безсильною, такъ какъ посредствомъ этого иска можетъ доказать только то, *что ему совершенъ* залогъ. Въ этомъ случаѣ онъ долженъ быть уполномоченъ выставить искъ изъ заложеннаго ему закладнаго права—utilis actio hypothecaria.

Такъ какъ этого рода способы осуществленія закладнаго права существуютъ только въ этихъ двухъ случаяхъ закладыванія, то естественно и utiles actiones только въ нихъ могутъ имѣть свое приложеніе. Въ остальныхъ же случаяхъ закладыванія, гдѣ нѣтъ такой особенности въ осуществленіи закладнаго права, и существованіе utilis actio рядомъ съ directa hypothecaria не представляетъ никакой необходимости; въ этихъ случаяхъ для защиты и осуществленія достаточно послѣдняго иска—directa hypothecaria actio [168]).

III. Опредѣленіе закладнаго права.

Когда мы раскрыли такимъ образомъ основные моменты закладнаго права: его объектъ, содержаніе, форму и искъ, въ которыхъ выражаются существенныя черты этого института, проявляется его природа, для насъ теперь становится возможнымъ установленіе и самого *опредѣленія его.* Выражая въ общихъ чертахъ результатъ анализа каждаго изъ указанныхъ моментовъ, мы видимъ:

1) что объектомъ закладнаго права является та вещь, которая имѣетъ объективную опредѣленную стоимость—вещь, какъ тѣлесная, такъ и безтѣлесная—право.

---

168) Bremer, cit. стр. 108—115.

2) что содержаніе его состоитъ въ полученіи имущественной стоимости закладнаго объекта въ размѣрѣ требованія, существующаго у залоговѣрителя.

3) что по формѣ своей оно всегда, какой бы ни былъ его объектъ, есть вещное право или jus in re.

4) что искъ, который служитъ для защиты и осуществленія его, есть всегда hypothecaria in rem, и только въ двухъ случаяхъ, когда объектомъ его является право требованія и самое закладное право, рядомъ съ этимъ искомъ и для той же цѣли, кромѣ этого иска, могутъ служить иски залогодателя, какъ utiles.

Сообразно такой природѣ закладнаго права, какъ она проявляется въ этихъ моментахъ, можетъ быть дано такое общее опредѣленіе закладному праву:

Закладное право есть вещное право (но не просто право съ непосредственною властію, слѣд. безъ опредѣленной формы, какъ думаетъ Зомъ [169]) на чужую вещь (но не на чужое право, какъ опредѣляетъ Бремеръ [170], и не на тѣлесную только вещь, какъ видимъ въ господствующей доктринѣ [171]; вообще на вещь или, какъ Neuner опредѣляетъ [172], «на вещное благо»), въ силу котораго (но не procuratorio nomine) залоговѣритель уполномочивается получить себѣ ту часть имущественной стоимости закладнаго объекта, которой будетъ достаточно для удовлетворенія требованія, у него существующаго (но не владѣть и продать, какъ думаетъ Дернбургъ и многіе другіе).

---

169) Cit. стр. 12,
170) Cit. стр. 119.
171) Dernburg, cit. стр. 97.
172) Cit. стр. 79.

ГЛАВА ТРЕТЬЯ.

Отличіе закладнаго права отъ другихъ правъ на чужую вещь.

Закладное право, въ системѣ правъ, относится къ вещнымъ правамъ на чужую вещь—jura in re aliena Подобно тому, какъ въ сервитутахъ nemini sua res servire potest, [1]) тоже самое и въ закладномъ правѣ.

> N e q u e p i g n u s, neque depositum, neque precarium, neque emtio, neque locatio r e i s u a e consistere potest [2]).

Но какъ каждое право, не смотря на принадлежность къ извѣстной категоріи правъ, имѣетъ свои особыя свойства, вслѣдствіе которыхъ оно является особымъ правомъ въ ряду всѣхъ другихъ правъ одной съ нимъ категоріи,—такъ то же самое должно сказать и о закладномъ правѣ. Закладное право, хотя есть вещное право на чужую вещь, но вслѣдствіе своей особой природы отличается отъ всѣхъ другихъ правъ на чужую вещь. Его отличіе ни въ чемъ такъ рѣзко не высказывается, какъ въ *содержаніи*, которое имѣетъ зак-

---

1) L. 26 D. de serv. pr. urb. 8, 2 cfr. l. 5 pr. D. si ususfr. 7, 6.

2) L. 45 D. de diversis reg. jur. 50, 17 cfr. l. 33 § 5 D. de usurp. 41, 3. l. 29 D. de pign. act. 13, 7.

ладное право, и въ *цѣли*, ради которой оно возникаетъ и существуетъ. Въ этомъ отношеніи, можно вполнѣ справедливо сказать, оно находится въ существенномъ противоположеніи ко всѣмъ остальнымъ правамъ на чужую вещь.

Всѣ права на чужую вещь состоятъ въ *пользованіи* чужою вещію; во всѣхъ нихъ, по выраженію римскихъ юристовъ, res servit, такъ что сообразно такому характеру ихъ содержанія они называются *вещными правами пользованія* (dingliche Nutzungsrechte) [3]). Все различіе между ними состоитъ лишь въ томъ: въ какомъ объемѣ и какое качество чужой вещи предоставляется въ пользованіе. Возникая въ чужой вещи, всѣ они съ минуты установленія и во все время ихъ сушествованія являются ограниченіемъ права собственности, уменьшеніемъ осуществленія ея правомочій. Въ нѣкоторыхъ изъ нихъ ограниченія являются такъ обширными, что хозяина вещи совершенно оттѣсняютъ на вторый планъ. Между собственно сервитутами особенно ограничивающими собственность являются личные сервитуты (servitutes personarum, persönliche Dienstbarkeiten). «Если бы личные сервитуты, говоритъ Синтенисъ [4]), на вѣчныя времена обременяли собственность, то послѣдняя бы сдѣлалась совершенно безполезною». Если такъ можно сказать о всѣхъ личныхъ сервитутахъ, то въ особенности это приложимо къ узуфрукту. Ни въ одномъ изъ личныхъ сервитутовъ не является такая полнота, такая обширность пользованія чужою вещію, какъ въ узуфруктѣ. Собственность, доколѣ продолжаетъ существовать на ней узуфруктъ, называется nuda proprietas [5]). Фруктуарій не только имѣетъ право uti, какъ въ сервитутѣ usus, но и

---

3) Arndts, Pand. § 126.

4) Das practische gemeine Civilrecht. 3 изд. 1868 года стр. 568.

5) § 1 J de usufructo 2, 4.

frui [6]). Онъ можетъ употреблять вещь не только непосредственно для своихъ нуждъ, для удовлетворенія своихъ личныхъ потребностей, но и извлекать изъ нея всевозможныя произведенія и доходы, независимо отъ личной потребности и непосредственнаго пользованія. Онъ такимъ образомъ можетъ пріобрѣтать изъ вещи не только натуральныя плоды (fructus naturales), [7]), но и такъ называемые юридическіе плоды (fructus civiles). Хотя узуфруктъ, подобно всѣмъ личнымъ сервитутамъ, есть право, неразрывно связанное съ тѣмъ лицомъ, для котораго оно установлено и слѣд. право, которое имъ не можетъ быть отчуждаемо [8]); однако не существуетъ для него никакого препятствія уступать фактическое осуществленіе (exercitium) той власти, которая ему принадлежитъ въ качествѣ права (jus), и третьимъ лицамъ [9]), но естественно только посредствомъ сдѣлокъ inter vivos. Лицо, которому уступается пользованіе, получаетъ единственно власть упражнять узуфруктъ *вмѣсто* самого узуфруктуара [10]). Единственное ограниченіе относительно пользованія узуфруктомъ состоитъ въ томъ, что фруктуарій долженъ пользоваться secundum conditionem rei и salva

---

6) L. 1 D. de usufructu 7, 1: Ususfructus est jus alienis rebus utendi fruendi salva rerum substantia.

7) L. 9 pr. и L. 59 D. de usufructu 7, 1: quidquid in fundo nascitur, quidquid inde percepi potest, ad fructuarium pertinet.

8) L. 15 D. fam. herc. 10, 2—nec enim (usufructus) a personis sine interitu sui discedere potest § 3 Inst. de ususfr. 2, 4: nam exstraneo cedendo nihil agitur L. 66 D. de jure dotium 23. 3.-L. 10 § 1 D. comm. divid. 10, 3.

9) L. 12 § 2 D. de usufr. 7, 1: Usufructuarius vel ipse frui ea re, vel alii fruendam concedere, vel locare, vel vendere potest; nam et qui locat, utitur, et qui vendit, utitur. Sed etsi alii precario concedat, vel donat, puto eum uti, atque ideo retineri usumfructum. L. 67 eod; L. 11 § 2 D. de pign 20, 1: Usufructus an possit pignori hypothecaeve dari etc.

10) L. 38 D. de usufr. 7, 1:—si nec ipse utatur, nec nomine ejus alius, puta qui emit, vel qui conduxit, vel cui donatus est, vel qui negotium ejus gerit.

rei substantia [11]). Пользоваться secundum conditionem rei—это значитъ пользоваться вещію сообразно ея первоначальному назначенію. Такъ напр. фруктуарій дома не можетъ открыть въ немъ гостинницу, превратить его въ баню и т. п., [12]) фруктуарій пустопорожняго мѣста (areae) не можетъ возвести на немъ зданія, ввести запашку и т. п. [13]) такъ какъ застроенное мѣсто не будетъ уже area, а aedificium, пахотное же поле будетъ praedium rusticum. Пользоваться же вещію salva rei substantia—это значитъ пользоваться безъ распоряженія матеріальнымъ составомъ вещи [14]). Фруктуарій не можетъ предпринимать дѣйствій, направленныхъ на измѣненіе, порчу или уничтоженіе физическаго состава вещи (ne minuat atque corrumpat rei substantiam). Такъ напр. фруктуарій дома не можетъ предпринять дѣйствія, которое бы, хотя ничтожнымъ образомъ, касалось матеріала, изъ котораго построенъ домъ, хотя бы это дѣйствіе было предпринято для улучшенія дома или представлялось необходимымъ для дѣйствительнаго пользованія имъ [15]). Но, какъ ни обширно пользованіе въ личныхъ сервитутахъ и въ особенности въ узуфруктѣ, оно является меньшимъ въ сравненіи съ тѣмъ пользованіемъ чужою вещію, какое мы видимъ въ двухъ правахъ, сравнительно новаго происхожденія, чѣмъ сервитуты—въ правѣ эмфитевтическомъ и суперфиціарномъ. Право эмфитевтическое и суперфиціарное—также права пользованія чужою вещію, но столь обширны по своему содержанію, такъ

---

11) Оба ограниченія высказаны въ легальномъ опредѣленіи. L. 1 D. de usufr. 7, 1. Послѣднее прямо высказано, первое же заключается въ словѣ utendi. Въ источникахъ слово uti въ противоположность abuti означаетъ uti re secundum conditionem ejus. (l. 15 § 1 D. de usufr. 7, 1).

12) L. 13 § 8 D. h. t. 7, 1.

13) Pavlus Rec Sent. III, 6 § 21: Areae usufructu legato aedificia in eo constitui non possunt.

14) L. 2 § 1 D. de usufr. earum rerum, quae usu consumuntur vel minuuntur 7, 5.

15) l. 13 §§ 7, 8. l. 44, l. 61 D. de usufr. 7, 1.

ограничигаютъ право собственности, что послѣдняя чрезъ нихъ является *почти уничтоженною*; всѣ существенныя признаки собственности являются почти вполнѣ сосредоточенными во власти эмфитеуты и суперфиціарія. Такъ эмфитеута можетъ пользоваться вещію (ager, proedium) въ такой же полнотѣ, какъ собственникъ, безъ тѣхъ ограниченій, которыя существуютъ для фруктуарія. Онъ по своему усмотрѣнію можетъ предпринимать и измѣненія субстанціи вещи, лишь бы чрезъ это вещь не приходила въ худшее состояніе [16]), установлять на вещи сервитуты, которые конечно имѣютъ силу только tuitione proetoris [17]), передавать свое право и наслѣдникамъ [18]), отчуждать какъ inter vivos, такъ и на случай смерти [19]). Только въ случаѣ отчужденія чрезъ продажу существуетъ для его власти нѣкоторое ограниченіе. Онъ, предпринимая продажу, долженъ увѣдомить собственника и ждать въ продолженіи двухъ мѣсяцевъ: не захочетъ ли собственникъ пріобрѣсть его право на тѣхъ условіяхъ, на которыхъ онъ уступаетъ его третьему лицу. Если собственникъ въ продолженіи этого времени не захочетъ воспользоваться правомъ первой покупки, онъ уже безъ всякаго препятствія можетъ продать и третьему, лишь бы покупатель находился въ состояніи уплачивать канонъ; но собственнику онъ обязанъ выдать такъ наз. laudemium, состоящее изъ двухъ процентовъ (quinquagesima pars) покупной цѣны или стоимости поземельнаго участка [20]). Такая же полнота пользованія чужою вещію, какъ въ эмфитевтическомъ правѣ, существуетъ и въ суперфиціарномъ. Суперфиціарій, какъ и эмфитеута, имѣетъ неограниченное право пользованія суперфиціарною вещію. Всѣ права, которыя имѣетъ эмфи-

---

16) Nov. 7 cap. 3 § 2. Nov. 120 cap. 8.

17) l. 1 pr. D. quib. mod. usufr. am. 7, 4.

18) § 3 J de loc. 3, 24, l. 1 pr. D. si ager vecteg. 6, 3.

19) § 3 J cit. l. 71 § 5, 6 l. 39 § 5 D. de legat. I 30, l. 3 C. de jure emphyt. 4, 66.

20) l. 3 C. de jure emphyt. 4, 66.

теута, существують и усуперфиціарія относительно суперфиціарной вещи [21]). Для суперфиціарія, въ случаѣ продажи, даже не существуетъ и того ограниченія, какое есть для эмфитеуты. Онъ можетъ отчуждать свое право, не увѣдомляя собственника, и не обязанъ давать ему въ случаѣ продажи laudemium.

Совершенно инаго характера содержаніе закладнаго права. Закладное право не состоитъ въ пользованіи чужою вещію, въ немъ res не servit, но obligata — отвѣчаетъ за долгъ, гарантируетъ его своею имущественною стоимостію. Его содержаніе состоитъ единственно въ присвоеніи имущественной стоимости объекта. При такомъ характерѣ содержанія, закладное право, въ противоположность всѣмъ другимъ правамъ на чужую вещь, чрезъ свое существованіе само по себѣ не ограничиваетъ и не уменьшаетъ содержанія собственности [22]). У залогодателя и послѣ установленія закладнаго права, какъ и до установленія, остается полное распоряженіе заложенною вещію какъ фактически, такъ и юридически. Онъ, если у него остается владѣніе вещи, можетъ распоряжаться ею по своему произволу, можетъ пользоваться всѣми служебными ея сторонами, измѣнять ея назначеніе, способъ пользованія и качество ея дохода. Только одного онъ долженъ избѣгать при своемъ пользованіи, чтобы не уменьшать ея стоимость, чтобы не доводить вещь до такого состоянія, которое бы угрожало обезпеченію вѣрителя. Въ противномъ случаѣ залоговѣритель посредствомъ pigneraticia actio in personam можетъ привлечь его къ отвѣтственности за каждое дѣйствіе, которое было совершено malitiose [23]). Онъ даже посредствомъ actio

---

21) l. 10 D. fam. herc. 10. 2, l. 1 § 7 D. de superf. 43. 18, l. 16 § 2 D. de pign. act. 13. 7, l. 13 § 3 D. de pign. 20. 1. l. 15 D. qui pot. 20, 4, l. 9 D. de superf 43, 18.

22) Arndts, Pand. § 364 стр. 580 (изд. 6).

23) L. 9 pr. D. de pign. act. 13, 7: Si rem alienam mihi debitor pignori dedit aut m a l i t i o s e in p i g n o r e v e r s a t u s s i t, dicendum est locum habere c o n t r a r i u m judicium.

hypothecaria можетъ лишить его владѣнія заложенною вещію, требовать передачи его себѣ, хотя бы срокъ долговому требованію еще и не наступилъ [24]). Залогодатель, оставаясь собственникомъ, можетъ даже и отчуждать заложенную вещь [25]). Закладное право, чрезъ продажу или другаго рода отчужденіе, нисколько не уничтожается, собственность въ этомъ случаѣ переходитъ къ новому пріобрѣтателю cum sua causa, т. е. обремененная закладнымъ правомъ [26]). Только въ одномъ случаѣ право отчужденія залогодателя собственника встрѣчаетъ нѣкоторое ограниченіе, а именно: когда вещь движимая дана въ закладъ или специально ипотецирована какъ закладъ. Въ этомъ случаѣ онъ не можетъ отчуждать заложенную вещь *безъ вѣдома и согласія* вѣрителя подъ закладъ. Если бы онъ, обходя это ограниченіе, предпринялъ отчужденіе, то совершилъ бы деликтъ противъ кредитора—furtum possessionis. Такой деликтъ наступалъ не только тогда, когда вѣритель находился во владѣніи вещію и онъ похищалъ ее изъ подъ его ареста, но и тогда, когда вещь еще оставалась у него во владѣніи [27]). Но не-

---

24) L. 14 pr. D. de pign. 20, 1: Quaesitum est, si nondum dies pensionis venit, an et medio tempore persequi pignora permittendum sit Et puto, dandam pignoris persecutionem, quia interest mea. Et ita Celsus scribit.

25) L. 12 C. de distr. pign. 8, 28: Si debitor rem tibi jure pignoris obligatam te non consentiente distraxit, dominium cum cua causa transtulit ad emtorem.

26) L. 15 C. de pign. 8, 14: Debitorem neque vendentem, neque donantem, neque legantem vel per fideicommissum relinquentem posse deteriorem facere creditoris conditionem, certissimmum est. l. 10 C. de rem. pign. 8, 26: res pignoris h pothecaeve jure creditoribus obnoxias citra consensum eorum debitores alienantes praecedentem non dissolvunt obligationem. l. 1 C. de prec. 8, 9.

27) L. 19 § 6 D. furtis 47, 2: Furtum autem rei pignoratae dominus non tantum tunc facere videtur, quum possidenti sive tenenti aufert, verum et si eo tempore abstulerit, quo non possidebat ut puta si rem pignoratam vendidit: nam et hic furtum eum facere constat. cfr. l. 62 § 8 D. eod. l. 67 pr. D. eod.: Si is, qui

сомнѣнно, такого деликта не было, если дебиторъ совершалъ отчужденіе единственно для той цѣли, чтобы чрезъ продажу заложенной вещи *вполнѣ* удовлетворить вѣрителя [28]). Если залоговѣритель получаетъ вещь *во владѣніе*, онъ ipso jure въ силу закладнаго права не имѣетъ права пользоваться вещію. Если бы онъ *безъ согласія дебитора* сталъ пользоваться вещію, то становился бы виновнымъ предъ залогодателемъ въ furtum.

> — sive creditor pignore, говорится въ § 6 J de obl. ex del. 4. 1, sive is apud quem res deposita est ea re utatur... furtum committit.

Тоже самое говорится и въ L. 55 pr. D. de furtis 47, 2:

> Si pignore creditor utatur, furti tenetur.

Онъ, получивъ вещь во владѣніе въ силу закладнаго права, одно имѣетъ право «не возвращать ее вѣрителю до тѣхъ поръ, пока не получитъ удовлетворенія его закладное право» [29]). Если вещь, которая получается вѣрителемъ во владѣніе, у залогодателя имѣла назначеніе доставлять натуральные и гражданскіе плоды, залоговѣритель уполномочивается и извлекать плоды. Но это полномочіе его не похоже на полномочіе, какое существуетъ напр. у фруктуарія. Если бы онъ не сталъ осуществлять этого полномочія, то становился бы за это отвѣтственнымъ предъ залогодателемъ [30]). Его отношеніе къ заложенной вещи въ этомъ

---

rem pignori dedit, vendiderit eam: quamvis dominus sit, furtum facit, sive eam tradiderat creditori sive speciali pactione tantum obligaverat: idque et Iulianus putat. Dernburg, Pfandr. II стр. 8 п 9.

28) Nov. 112.

29) Windscheid, Pand. § 234 стр. 679 (2 изд.).

30) Dernburg, II стр. 70.

случаѣ является какъ отношеніе «управителя залогодателя» [31]). Плоды, которые онъ получаетъ изъ вещи, онъ не можетъ потреблять. Въ силу закладнаго права онъ можетъ подобно тому, какъ самую заложенную вещь, такъ и плоды удерживать, не возвращать залогодателю, пока не получитъ удовлетворенія. Только въ томъ случаѣ, когда плоды не назначаются для сбереженія, онъ можетъ ихъ и потреблять, но и тутъ въ силу того, что закладное право не состоитъ въ пользованіи, его назначеніе—не пользованіе вещію, онъ долженъ стоимость плодовъ зачислить сначала въ проценты, потомъ въ капиталъ, такъ что если стоимость ихъ будетъ покрывать долговое требованіе, залогодатель можетъ требовать возвращенія вещи, если же за покрытіемъ требованія будетъ оставаться излишекъ, онъ долженъ вмѣстѣ съ вещію возвратить и его залогодателю [32]). Только въ силу особаго договора такъ наз. antichresis залоговѣритель получаетъ собственно право пользованія. Существо этого договора состоитъ въ томъ, что вѣрителю предоставляется право пользованія *вмѣсто процентовъ* отъ занятаго капитала [33]). Въ силу этого договора залоговѣритель получаетъ право пользоваться закладною вещію, извлекать изъ нея плоды не въ качествѣ «управителя залогодателя», но по своему усмотрѣнію. Онъ уже не обязанъ представлять счеты, для него не имѣетъ значенія и величина установленныхъ закономъ про-

---

31) Arndts, Pand. § 381.

32) L. 1—3. 12 C. de pign act. 4. 24, l. 2 C. de partu pign. 8. 25, l 1 C. de distr. pign. 8. 28, l. 23 pr. D. de pign. 20. 1, l. 5 § 21 D. ut in poss. leg. 36, 4.

33) L. 11 § 1 D. de pignoribus 20, 1: Si ἀντίχρησις facta sit et in fundum aut in aedes aliquis inducatur eo usque retinet possessionem pignoris loco. donec illi pecunia solvatur, quum in usuras fructus percipiat aut locando aut ipse percipiendo habitandoque; itaque si amiserit possessionem, solet in factum actione uti. l. 33 D. de pign. act. 13, 7: Si pecuniam debitor solverit, potest pignoraticia actione uti ad reciperandam ἀντίχρησις: nam cum pignus sit, hoc verbo poterit uti.

центовъ [34]). Сколько бы онъ ни получилъ дохода отъ вещи—все это обращается въ его собственность. Но за то, съ другой стороны, если бы онъ по какому либо случаю не могъ пользоваться вещію или могъ получить дохода отъ нея менѣе, чѣмъ долженъ бы получить процентовъ отъ занятаго капитала, то онъ не имѣетъ уже права требовать отъ залогодателя. Но если закладное право во все время своего существованія и не ограничиваетъ ни фактически, ни юридически собственника въ упражненіи имъ своего права ни подобно тому, какъ личные сервитуты и въ особенности узуфруктъ, оставляющій у собственника только nudam proprietatem, ни подобно праву эмфитевтическому и суперфиціарному, въ силу которыхъ право собственника по отношенію къ вещи является какъ бы уничтоженнымъ, то за то, когда придетъ время его осуществленія, оно является съ болѣе обширнымъ полномочіемъ, чѣмъ всѣ остальныя права на чужую вещь. Всѣ права на чужую вещь не могутъ лишить собственника его права собственности. Собственникъ ограничивается ими только въ осуществленіи своихъ полномочій. Совершенно иное мы видимъ въ закладномъ правѣ. Оно, не ограничивая собственника во время своего существованія, въ минуту полнаго своего осуществленія можетъ идти до *уничтоженія права собственника* [35]). Въ случаѣ неудовлетворенія въ срокъ требованія, право собственности чрезъ продажу заложенной вещи переносится на другое лицо—покупателя этой вещи.

Вслѣдствіе такого характера содержанія закладнаго права и область объектовъ закладыванія является ширѣ, чѣмъ всѣхъ другихъ правъ на чужую вещь. Всѣ права на чужую вещь могутъ быть установляемы толь-

---

34) L. 17 C. de usuris 4, 32: Si ea lege possessionem mater tua apud creditorem suum obligavit, ut fructus in vicem usurarum consequeretur obtentu majoris percepti emolumenti, propter incertum fructuum proventum rescindi placita non possunt.

35) Windscheid, Pand, стр. 640 (изд. 2).

ко на тѣлесныя вещи, закладное право и на права. Въ этомъ отношеніи является нѣсколько подобнымъ только одно право на чужую вещь—узуфруктъ. Въ немъ мы видимъ на ряду съ объектами тѣлесными и права, именно право требованія (ususfructus nominum) [36]).

Всѣ почти права на чужую вещь, какъ права вещныя, *по своей цѣли*—права продолжительныя, безъ извѣстнаго срока. Какъ извѣстно, для установленія предіальныхъ сервитутовъ (servitutes praediorum) требуется какъ одно изъ самыхъ необходимыхъ условій, чтобы была *постоянная цѣль* упражненія права со стороны praedium dominans, а съ другой стороны—постоянная способность удовлетворять этой цѣли, или, какъ выражаются римскіе юристы—требуется perpetua causa [37]). Они не могутъ быть установляемы a tempore и ad tempus [38]). Подобно предіальнымъ сервитутамъ и право эмфитевтическое и суперфиціарное—права продолжительныя, безъ извѣстнаго срока. Въ источникахъ эмфитевтическое право прямо обозначается какъ jus perpetuarium [39]). Ограниченіе ихъ извѣстнымъ срокомъ существованія является равнымъ лишенію ихъ вещной природы. Неограниченность срока въ источникахъ выставляется какъ мотивъ самостоятельности ихъ защиты. Такъ напр. въ l. 1 §. 3 D. de superf. 43, 18 говорится:

---

36) L. 3. 4 D. de usufr. 7, 5.

37) L. 28 D. de serv. pr. urb. 8, 2; Omnes autem servitutes praediorum perpetuas causas habere debent. l. 23 § 1 D. de s. p. r. 8. 3, l. 1 § 4 D. de fonte 43, 22.

38) L. 4 pr. D. de servit. 8. 1: Servitutes ipso quidem jure neque ex tempore neque ad tempus neque sub condicione neque ad certam condicionem (verbi gratia quamdiu volam) constitui possunt.

39) L. 1 C. off. conc. s. pat. 1, 34: Ad palatinorum curam et rationalium officia omnium rerum nostrarum et totius p e r p e t u a r i i, h o c e s t e m p h y t e u t i c a r i i, j u r i s exactio revertatur.

> — ut si ad tempus quis superficiem conduxerit, negetur ei in rem actio.

То же самое высказывается въ источникахъ и относительно эмфитевтическаго права, такъ напр. въ L. 1 §. 1 D. si ages vectigal. 6, 3:

> Qui in perpetuum fundum fruendum conduxerunt a municipibus, quamvis non efficiantur domini, tamen placuit, competere eis in rem actionem....

Совершенно инымъ по своей цѣли является закладное право. Оно, хотя и вещное право, но право временное (temporäres Recht), срочное. Оно можетъ быть установляемо a tempore и ad tempus. Въ этомъ отношеніи изъ правъ на чужую вещь является ему подобнымъ опять только узуфруктъ [40]).

Всѣ права на чужую вещь имѣютъ самостоятельный характеръ. Ихъ конечная цѣль лежитъ въ нихъ самихъ, въ осуществленіи того содержанія, какое они имѣютъ. Они не существуютъ для другаго какого либо юридическаго отношенія.

Совершенно иное мы видимъ въ закладномъ правѣ. Его конечная цѣль не въ немъ самомъ, не въ его содержаніи, но внѣ его, въ другомъ юридическомъ отношеніи. Оно существуетъ ради обезпеченія и покрытія требованія. Закладное право такимъ образомъ въ противоположность всѣмъ другимъ правамъ на чужую вещь является правомъ акцессорнымъ—jus accessorium. Въ источникахъ въ одномъ мѣстѣ оно прямо названо accessio [41]).

Акцессорность закладнаго права выражается въ

---

40) Dernburg, I стр. 130.

41) Ulp. lib. 2 regul. l. 43 D. de solut. 46, 3: In omnibus speciebus liberationum etiam accessiones liberantur, puta adprommissores hypothecae pignora

томъ, что его существованіе является зависимымъ отъ права требованія. Чтобы возникло закладное право, для этого необходимо, чтобы существовало главное требованіе [42]). Какого рода будетъ предметъ требованія—денежное выполненіе или что другое, напр. доставленіе species [43]), равно какого происхожденія требованіе т. е. изъ контракта, деликта или постановленія закона [44])—все это совершенно безразлично для закладнаго права.—Точно также для него безразлично: для всего ли требованія оно установляется или только для части его [45]), равно ради своего собственнаго требованія лицо установляетъ его или за требованіе другаго [46]). Для закладнаго права не имѣетъ значенія и то обстоятельство: есть ли требованіе исковое. Закладное право является вполнѣ дѣйствительнымъ, если установляется ради *натуральнаго обязательства* (naturalis obligatio). [47]). Установленное и ради только натуральнаго обязательства, оно защищается тѣмъ же вещнымъ искомъ, какъ и установленное ради исковаго требованія. Съ перваго раза такое явленіе кажется стоящимъ въ противорѣчіи съ аксессорнымъ характеромъ закладнаго права. Закладное право есть право подчиненное, закладной долгъ—главное право. Какимъ образомъ полномочія служебнаго права могутъ быть обширнѣе полномочій господствующаго? Вслѣдствіе этого, по мнѣнію нѣкоторыхъ писателей, какъ напр. Глюка, хотя и можетъ быть установляемо закладное право ради натуральнаго обязательства и хотя оно является *дѣйстви-*

---

42) L. 4 D. de pign. act. 20, l. 2 C. si pign. convent. 8, 33.

43) L. 9 § 1 D. de pign. act. 13, 7: Non tantum autem ob pecuniam, sed et ob aliam causam pignus dari potest.

44) L. 4. l. 5 pr. D. de pign. 20, 1.

45) L. 5 D. de pign. 20. 1. l. 11 § 3 D. de pign. act. 13. 7, l. 5 § 1 D. de fidejussoribus 46, 1.

46) L. 5 § 2 D. de pign. 20, 1.

47) L. 5 pr. D. de pignoribus 20, 1: Res hypothecae dari posse sciendum est... vel pro civile obligatione vel honoraria vel tantum naturali cfr. l. 14 § 1 D. eod.

тельным, но безъ защиты посредствомъ вещнаго иска. «Если главное обязательство, говоритъ Глюкъ, [48]) по цивильному закону не совсѣмъ считается ничтожнымъ, но только ограниченнымъ относительно судебнаго дѣйствія, то ради такого, хотя и неисковаго требованія, можетъ быть установлено *дѣйствительное* закладное право. Но разумѣется, что въ этомъ случаѣ можетъ возникнуть такой же ограниченный способъ преслѣдованія права, какой существуетъ и относительно долга». Только въ томъ случаѣ, когда залоговѣритель находится во владѣніи, онъ можетъ осуществить свое закладное право посредствомъ retentio, а въ случаѣ неуплаты и посредствомъ продажи. Но это мнѣніе и теоретически не справедливо и съ источниками не согласно. Нисколько не противорѣчитъ аксессорной природѣ закладнаго права то обстоятельство, что оно, возникая ради натуральнаго обязательства, является съ вещною защитою. «Несоблюденіе аксессорнаго характера, говоритъ Дернбургъ [49]), предполагалось бы тогда, если бы закладное право предоставляло такія полномочія, которыя не служили бы къ погашенію требованія. Но почему средство, которое оно употребляетъ, не должно быть сильнѣе средства личнаго обязательства?» Изъ источниковъ, какъ напр. изъ L. 59 pr. D. ad S. C Treb. 36, 1 видно, что закладное право, установленное ради naturalis obligatio, защищается закладнымъ искомъ—actio Serviana. Тоже самое подтверждаетъ и аналогія поручительства. Поручитель по натуральному долгу можетъ быть привлеченъ къ отвѣтственности по цивильному праву [50]). L. 2 D. quae res pignori 20, 3, приводимый противоположнымъ мнѣніемъ въ свою пользу, ни сколько не можетъ доказывать его. Filius familias, сдѣлавши заемъ и давши въ обезпеченіе его залогъ, не лишается права ссылаться на ex-

---

48) Erläuterungen d. Pand. XVIII стр. 164—168.
49) Pfandr. I стр. 538.
50) L. 21 § 2 D. de fidejuss. 46, 1.

ceptio senatusconsulti Macedoniani не вслѣдствіе того, что обязательство filiifamilias есть *только натуральное*, какъ заключаютъ писатели выше приведеннаго мнѣнія, а вслѣдствіе того, что filius familias въ силу закона не могъ заключать договора займа [51]).

Закладное право для своего возникновенія требуетъ одного условія отъ требованія, чтобы оно было *дѣйствительное* требованіе. Если требованіе будетъ ничтожное (ipso jure nulla obligatio), то и закладываніе становится ничтожнымъ, не имѣющимъ никакого юридическаго дѣйствія [52]). Таково напр. закладываніе ради обезпеченія долга по игрѣ, лихвенныхъ процентовъ, ради даримой суммы, превышающей закономъ опредѣленную мѣру и т. д. [53]). Если требованіе не ipso jure ничтожно, но только допускаетъ противъ себя возраженіе (exceptio), то хотя закладываніе ради такого требованія возможно, такъ какъ obligatio mere civilis существуетъ, но то возраженіе, которое допускаетъ требованіе, можетъ быть противопоставлено и закладному иску. Насколько дѣйствительно закладное право, установляемое ради такого требованія—это зависитъ отъ свойства самой эксцепціи. Если эксцепція напр. чисто личнаго характера, и ею можетъ пользоваться только тотъ индивидуумъ, въ пользу котораго она дается, какова напр. эксцепція «quod facere possit [54]), то искъ закладный можетъ имѣть силу противъ каждаго третьяго владѣльца закладной вещи, противъ самого даже залогодателя, если онъ не должникъ, такъ какъ всѣ эти лица не могутъ ссылаться на эту эксцепцію, слѣд. по отношенію ко

51) Dernburg, I стр. 539.

52) L. 129 § 1 D. de R. I. 50, 17: Cum principalis causa non consistit, ne ea quidem quae sequuntur locum habent.

53) L. 11 § 3 D. de pign. 13, 7.

54) L. 7 pr. D. de except. 44, 1. l. 24 pr. D. de re judicata 42. 1, l. 41 D. eod.

всѣмъ нимъ закладное право является дѣйствительнымъ. Но оно не имѣетъ дѣйствія противъ самаго должника, послѣдній иску закладному можетъ противопоставить эксцепцію изъ требованія [55]). Совершенно иное выйдетъ, если эксцепція съ абсолютнымъ характеромъ, которою могутъ *воспользоваться всѣ, у кого только* будетъ рѣчь о требованіи. [illegible]ы напр. *exceptio non numeratae pecuniae* [56]), *exceptio quod metus causa* [57]), exceptio rei judicatae. Закладное право установленное для такого требованія, является безъ всякаго дѣйствія (wirkungslos). Впрочемъ, закладное право, устанавливаемое *ради требованія*, допускающаго эксцепцію, не всегда не имѣетъ дѣйствія, является ничтожнымъ. Иногда, въ силу акта закладыванія, самое требованіе становится вполнѣ дѣйствительнымъ, отъ него совершенно отпадаетъ та эксцепція, которая дѣлала бы его не имѣющимъ дѣйствія. Такого рода ***конфирмація*** требованія можетъ наступить лишь тогда, когда требованіе, ради котораго устанавливается залогъ, чрезъ ***новое изъявленіе воли должника способно*** получить дѣйствительность. Такъ напр. обѣщаніе, противъ котораго можетъ быть выставлена exceptio quod metus causa, посредствомъ добровольнаго установленія залога проммиссоромъ становится вполнѣ дѣйствительнымъ [58]).

Какъ для возникновенія закладнаго права необходимо, чтобы было требованіе, также это необходимо и для его дальнѣйшаго существованія. Закладное право можетъ существовать только *до тѣхъ поръ, пока* существуетъ требованіе. Какъ скоро требованіе, ради котораго оно установлено, прекращается, оно лишается основы для своего существованія и должно прекра-

55) Dernburg, I стр. 541.

56) L. 15 C. de non num. pec. 4, 30.

57) L. 14 § 6 D. quod metus. 4, 2.

58) Dernburg, I § 74.

титься [59]). Но чтобы закладное право прекратилось, для этого необходимо требуется, чтобы требованіе прекратилось *въ полномъ объемѣ*. Если требованіе выполнено не вполнѣ, закладное право будетъ продолжаться и ради остатка, такъ какъ pignoris causa indivisa est [60]). Даже, если бы объектъ этого закладнаго права составляло нѣсколько вещей, оно продолжало бы существовать на всѣхъ вещахъ [61]). Съ другой стороны необходимо, чтобы требованіе прекратилось и *въ его полномъ содержаніи*, такъ чтобы оно не существовало и naturaliter. Если требованіе становится только натуральнымъ (naturalis obligatio), закладное право будетъ продолжать свое существованіе.

> Ex quibus causis, говоритъ Ульпіанъ въ L. 14 §. 1 D. de pign. 20. 1, naturalis obligatio consistit, pignus perseverare constitit.

Въ другой только формѣ это положеніе выражено въ L. 2 C. de luit. pignoris 8, 31:

> Intelligere bebes vincula pignoris durare personali actione submota.

Въ нѣкоторыхъ случаяхъ самая *возможность существованія обязательства* n a t u r a l i t e r *обусловливается единственно существованіемъ закладнаго права*. Если бы не существовало закладнаго права, обязательство совершенно погибло бы, только залогъ защищаетъ его отъ погибели [62]). Это тѣ случаи, въ кото-

---

59) L. 43 D. de sol. 46, 3: In omnibus speciebus liberationum etiam accessiones liberantur, puta adpromissores hypothecae pignora. l. 11 § 1 D. de pign. act. 13, 7.

60) L. 6 C. de distr. pign. 8, 28: Quamdiu non est integra pecunia creditori numerata, etiamsi pro parte majore eam consecutus sit, distrahendi rem obligatam non amittit facultatem.

61) L. 19 de pign. 20, 1: Qui pignori plures res accepit, non cogitur unam liberare, nisi accepto iniverso, quantum debetur.

62) Мы относимъ сюда тѣ случаи, въ которыхъ Виндшейдъ допускаетъ существованіе закладнаго права *безъ требованія*, для

рыхъ обязательство, обезпеченное закладнымъ правомъ, должно бы погибнуть безъ удовлетворенія вѣрителя. Въ этомъ случаѣ, какъ говорится въ L. 59 pr. D ad S. C. Treb, 36, 1:

— remanet propter pignus naturalis obligatio.

которыхъ будто бы римскими юристами *теоретически* только допускается существованіе требованія (Pand. § 249). Требованіе и въ нихъ, хотя въ силу закладнаго права и хотя naturaliter, продолжаетъ *дѣйствительно* существовать. Конечное дѣйствіе закладнаго права всегда остается уплата по *требованію*, но какимъ образомъ можетъ быть уплачено такое требованіе, которое не существуетъ? Ср. Dernburg, II стр. 578.

ГЛАВА ЧЕТВЕРТАЯ.

ВИДЫ ЗАКЛАДНАГО ПРАВА.

Въ Римскомъ правѣ исторически выработались и вошли въ Юстиніанское право двѣ формы, два вида закладнаго права: закладное право съ передачею владѣнія—proprie pignus и—безъ передачи владѣнія—hypotheca. Хотя ранѣе существовала и еще форма для установленія вещнаго обезпеченія-fiducia, но она никогда не была закладнымъ правомъ и лишь служила средствомъ для достиженія его цѣли, пока само оно еще не образовалось. Вслѣдствіе этого fiducia не только не вошла въ Юстиніановское право, какъ одинъ изъ видовъ закладнаго права, но даже отъ нея почти не сохранилось у Юстиніана никакихъ слѣдовъ.

Какъ собственно pignus (Faustpfand, закладъ), такъ и hypotheca составляютъ только внѣшнее проявленіе въ существѣ одного и того же права. Между ними нѣтъ того существеннаго различія, въ силу котораго можно было бы ихъ считать правами различной природы, признавать напр. что одно изъ нихъ (pignus) имѣетъ природу вещную, другое—ипотека—обязательственную.

Тотъ и другой видъ залога—не только залогъ съ передачею владѣнія, но и безъ передачи—ипотека въ источникахъ обозначается словомъ pignus.

Pignus contrahitur, говоритъ L. 1 pr. D. de pign. act. 13. 7, non sola tra-

ditione, sed etiam nuda convetione, etsi non traditum est.

Въ этомъ мѣстѣ слово pignus употреблено какъ общее названіе закладнаго права вообще. Въ другихъ мѣстахъ источниковъ слово pignus употребляется не только какъ *общее названіе* залога, но и какъ обозначеніе *именно залога безъ передачи владѣнія*. Таковы напр. мѣста:

L. 14 D. qui pot. 20, 4. Si a diversis non dominis pignus accipiamus, possessor melior sit,

L. 39 D. de pign. act. 13, 7. Gajus Sejus... fundum suum pignori Lucio Titio dedit, postea pactum inter eos factum est, ut creditor pignus suum .. certo tempore possideret— —[1]).

Въ источникахъ встрѣчаются даже мѣста, въ которыхъ одинъ и тотъ же закладной объектъ и притомъ въ одномъ и томъ же мѣстѣ называется то pignus, то hypotheca. Таково напр. слѣдующее мѣсто:

L. 37. D. de adquir vel amitt. poss. 41, 2: Res p i g n o r i s nomine data et possessione tradita.., convenit, ut is, qui h y p o t h e c a m dedisset...[2]).

Употребленіе слова pignus рядомъ съ hypotheca вполнѣ съ одинаковымъ значеніемъ въ источникахъ встрѣчается въ многочисленныхъ мѣстахъ[3]).

---

1) Въ этомъ же самомъ смыслѣ pignus употребляется въ l. 6 D. de pign. 20. 1, l 16 § 8 eod, l. 1 pr. D. qui potior. 20. 4, l. 3 § 1, l. 9 § 2 eod.

2) Cfr. l. 16 §§ 7, 8 D. de pign. 20, 1.

3) Bachofen, Pfandr. стр. 633 сравн. not. 8.

Поводомъ къ примѣненію слова pignus для обозначенія одного залога съ владѣніемъ можетъ послужить только та этимологія слова pignus, которая принята источниками. Въ источникахъ слово pignus производится отъ pugnus—кулакъ. Согласно этому производству образовалось и нѣмецкое названіе залога съ передачею владѣнія—Faustpfand.

> Pignus appellatum a pugno, quia res quae pignori dantur, manu traduntur, unde etiam videri potest, verum esse, quod quidam putant, pignus proprie rei mobilis constitui [4]).

Эта этимологія слова pignus собственно принадлежитъ Гаю. Но на этимологію, какую даютъ римскіе юристы, не всегда можно вполнѣ полагаться. Чтобы видѣть на сколько они обладали твердыми филологическими знаніями, достаточно привести слѣдующее мѣсто изъ Ульпіана:

> Miles appellatur vel a militia, id est, duritia, quam pro nobis sustinet, aut a multitudine, aut a malo, quod arcere milites solent, aut a numero mille hominum [5]).

Относительно же этимологіи Гаевой положительно можно сказать, что она ошибочна. Ошибочность ея ея уже давно признана пандектистами. Такъ напр. еще Bachov относительно ея говорилъ: nec tam pro etymologia, quam pro allusione habendum est. Собственно слово pignus происходитъ не отъ pugnus, а отъ глагола pago или pango perf. pepigi—утверждать, укрѣп-

---

4) L. 238 D. de V. S. 50, 16.

5) L. 1 § 1 D. de test. mil. 29. 1.

лять, какъ это указываетъ и самъ Гай, когда говоритъ:

> (Interdicto Salviano) utitur dominus fundi de rebus coloni, quas is pro mercedibus fundi pignori futuras pepegisset [6]).

Pignus по этой этимологіи есть тоже, что pactum средство укрѣпленія, связь [7]). При такомъ значеніи слово pignus вполнѣ можетъ быть приложимо, какъ это и дѣлаетъ источники, не смотря на принятую ими этимологію Гая, не только для обозначенія залога съ передачею владѣнія, но и безъ передачи.

Какъ относительно названія не существуетъ различія между собственно pignus и ипотекой, такъ его не существуетъ и относительно *объектовъ*. Объектомъ собственно pignus могутъ быть не только вещи движимыя—вещи, quae manu traduntur, какъ сказано въ опредѣленіи Гая, но и вещи недвижимыя—вещи, quae traduntur [8]). Что и недвижимыя вещи могутъ быть объектомъ pignus—это ясно доказываютъ наши источники [9]). Мало этого. Объектомъ закладыванія въ формѣ pignus могутъ быть не только тѣлесныя вещи (res corporales), но и права (res incorporales). «Въ томъ же самомъ смыслѣ и объемѣ, говоритъ Бремеръ [10]), въ какомъ при правахъ можетъ быть рѣчь хотя и не о corporis possessio, но только о juris или quasi possessio, въ томъ же самомъ смыслѣ и объемѣ

---

6) Inst. IV § 147.

7) Dernburg, Pfandr. I стр. 49. Stölsel, Zur Lehre vom Faustpfand Archiv f. d. civ. Prax. стр. 255 и слѣд.

8) Такъ говорится въ опредѣленіи Юстиніана. § 7 Inst. IV, 7. Еще шире въ опредѣленіи Ульпіана (quod transit) l. 9 § 2 D. de pign. act. 13, 7.

9) l. 1 § 4 D. de pign. 20, 1 и l. 12 § 8 qui pot. 20, 4 (praedium pignori dare); l. 29 § 2 D. de pign. 20, 1 (domus pignori data); l. 1 D. in quib. caus. p. 20, 2 (pignus insulae) l. 66 § 6 D. de legat. II 31 (fundus pignori datus).

10) Das Pfandr. стр. 120,

встрѣчается при правахъ и pignus». Такъ объектомъ закладыванія, какъ показываютъ источники, могутъ быть эмфитевтическое и суперфиціарное право [11]), всѣ сервитуты способные быть объектами закладыванія, какъ напр. узуфруктъ [12]), публиціанское право [13]) и самое закладное право [14]). Остается изъ правъ, которыя могутъ быть закладываемы въ формѣ ипотеки, одно право—право требованія. Возможно ли и его закладываніе въ формѣ pignus? О владѣніи при требованіи не можетъ быть и рѣчи, говоритъ Арндтсъ [15]). На этомъ основаніи утверждаютъ (напр. Дернбургъ), что различіе залога съ передачею владѣнія (pignus) и безъ передачи владѣнія (hypotheca) при закладываніи требованія не имѣетъ никакого приложенія. Но хотя о владѣніи требованіемъ не можетъ быть и рѣчи, тѣмъ не менѣе нельзя не дѣлать различія между закладываніемъ требованія *безъ* передачи документа и закладываніемъ *съ* передачею. Если долговой документъ передается вѣрителю, тогда возникаетъ не ипотека, но pignus. Но безъ сомнѣнія

---

11) L. 13 § 3 D. de pign. 20, 1. Et in superficiaris legitime consistere creditor potest adversus quemlibet possessorem, sive tantum pactum conventum de hypotheca intervenerit, sive etiam possessio tradita fuerit, deinde amissa sit. Въ словахъ sive etiam possessio tradita указывается на залогъ, установленный въ формѣ собственно pignus.

12) L. 8 pr. D. quib. mod. pign. 20, 6: Sicut re corporali extincta ita et usufructu extincto pignus hypothecave perit. l. 11 § 2 D. de pign. 20, 1. О закладываніи другихъ сервитутовъ въ формѣ pign. l. 12 D. de pign. et. hyp. 20, 1. Подробное толкованіе этихъ мѣстъ—Bremer, cit. стр. 125—132.

13) L. 33 § 4 D. de usurp. 41, 3: Qui pignori rem dat, usucapit, quamdiu res apud creditorem est—l. 16 D. eod: Servi nomine, qui pignori datus est, ad exhibendum cum creditore, non cum debitore agendum est, quia qui pignori debit, ad usucapionem tantum possidet.

14) L. 33 § 4 D. de usurpat, 41, 3: Qui pignori rem dat, usucapit, quamdiu res apud creditorem est: si creditor ejus possessionem alii tradiderit interpellabitur usucapio... Plane si creditor nuda conventione hypothecam contraxerit, usucapere debitor perseverabit. Ср. Bremer, cit. стр. 133—135.

15) Pand. § 218.

объектомъ закладыванія въ этомъ случаѣ служитъ не *долговой документъ*, какъ утверждаетъ Вахофенъ [16]), такъ какъ документъ не презентируетъ особенной стоимости, но разсматривается только какъ средство удостовѣренія требованія [17]), но самое требованіе. Такое не совпаденіе объекта закладыванія и предмета владѣнія является однако не только при закладываніи требованія, но и при закладываніи въ формѣ pignus и всѣхъ другихъ *правъ*. Такъ напр. при закладываніи superficies, emphyteusis'a, узуфрукта, объектомъ закладнаго права служитъ всегда *право*, стало быть нѣчто, чѣмъ нельзя владѣть, тогда какъ то, чѣмъ залоговѣритель владѣетъ, и чрезъ передачу чего ему закладное право получаетъ характеръ pignus, есть тѣлесная вещь. Только въ томъ случаѣ не можетъ быть рѣчи о pignus nominis, когда относительно требованія не существуетъ документа. И это есть, говоритъ Бремеръ, *единственный* случай, въ которомъ ипотека не можетъ идти параллельно съ pignus [18]).

Какъ нѣтъ различія между pignus и hypotheca относительно объектовъ закладыванія, такъ его не существуетъ и въ отношеніи исковъ. Actio hypothecaria служитъ не только для залога, установленнаго въ формѣ pignus—залога съ владѣніемъ [19]). Съ другой стороны, и иски, actio pigniraticia directa и contraria, не суть иски, которые имѣютъ приложеніе при одномъ залогѣ съ владѣніемъ—иски, вытекающія изъ *особаго* контракта (contractus pigneraticius), посредствомъ котораго установляется pignus. «Источники говорятъ только о pignus; рядомъ contractus pigneraticius они не знаютъ, но знаютъ только юридическія средства, которыя приписываются этому контракту, actio pigne-

---

16) Pfandr. стр. 79 not. 3.
17) Dernburg, Pfandr. I стр. 302.
18) Bremer, cit. стр. 136 и 137.
19) § 7 Inst. de act. 4, 6: Inter pignus autem et hypothecam, quantum ad actionem hypothecariam attinet, nihit interest.

raticia derecta и contraria» [20]). Разсматривая, далѣе, цѣль и содержаніе этихъ исковъ, насколько то и другое прямо выражено въ источникахъ [21]), мы видимъ, что хотя эти иски дѣйствительно предполагаютъ *владѣніе* въ большинствѣ случаевъ, но не во всѣхъ. Въ нѣкоторыхъ случаяхъ, а именно: въ случаѣ выдачи излишка изъ продажной цѣны (superfluum, hyperocha) залогодателю, въ случаѣ вознагражденія интереса залоговѣрителя залогодателемъ, если имъ была заложена чужая вещь,—оба эти иска имѣютъ приложеніе не только тогда, когда залогъ совершенъ съ передачею владѣнія, но и при залогѣ въ формѣ ипотеки [22]). Владѣніе заложенной вещію можетъ перейти и къ ипотекарному залоговѣрителю. Получивъ вещь во владѣніе и онъ безъ сомнѣнія не освобождается отъ выполненія тѣхъ обязательствъ, которыя налагаются на вѣрителя, когда залогъ устанавливается въ формѣ pignus, какъ напр. отъ возвращенія вещи въ случаѣ уплаты долга, отъ не ухудшенія вещи и т. д. Долженъ-ли и здѣсь имѣть мѣсто искъ— actio pigneraticia? Конечно, и источники даютъ намъ прямо утвердительный отвѣтъ [23]). Какъ мало связанъ искъ actio pegneraticia съ особымъ контрактомъ, посредствомъ котораго заключается закладываніе съ пе-

---

20) Stölzel, cit. стр. 264.

21) Всѣ мѣста, которыя говорятъ о содержаніи этихъ исковъ, собраны и приведены въ статьѣ Stöltzel'я. Они слѣд. l. 33 D. de pign. act. 13, 7. l. 40 § 2, l. 9 § 3, § 4 eod. sfr. l. 11 § 3. l. 20 § 2, l. 22 § 2 eod. l. 11 § 5 eod. l. 4 C. de pign. act. 4, 24. L. 42 D. de pign. act. 13, 7. cfr. l. ult. C. de distr. pign. 8. 27. l. 21 § 3 D. de pign. 20, 1; l. 7 D. de pign. act. 13. 7. l. 24 § 3. l. 14 eod. l. 34 D. de damno inf. 39, 2. l. 3, 7 D. de pign. act. 4. 24. Во всѣхъ этихъ мѣстахъ говорится о содержаніи actio pignoraticia directa. Относительно содержанія actio pigneraticia contraria—l. 8 pr. l. 32, l 16 § 1 D. de pign. act. 13, 7. l. 54 D. de fidejussorib. 46, 1; l. 31. l. 1 § 2. l. 36 § 1 de pign. act. 13, 7, См. стр. 264, 265 и 266.

22) L. 7 D. de distr. pign. 20, 5. l. 36 § 1 D. de pign. act. 13, 7 Cp. Stölzel cit. стр. 367.

23) L. 3. 4. 7 Cod. de pign. act. 4, 24.

редачею владѣнія - это доказ. и то, что этотъ искъ имѣетъ приложеніе и въ случаяхъ *легальной* ипотеки и тестаментарнаго залога [24]).

По мнѣнію нѣкоторыхъ писателей, напр. Пухты [25]), во всѣхъ этихъ случаяхъ, кромѣ собственно pignus, actio pigneraticia имѣетъ приложеніе только какъ utilis actio. Но это мнѣніе не согласно съ источниками. Источники *въ этомъ смыслѣ* utilis actio pigneraticia нигдѣ не приводятъ [26]).

Единственное отличіе, которое остается между собственно pignus и ипотекой есть то, что въ первомъ видѣ залога передается вещь во владѣніе залоговѣрителя. Но и это отличіе не есть существенное. Владѣніе для закладнаго права вообще не имѣетъ большаго значенія. Владѣетъ ли залоговѣритель заложенною вещію или нѣтъ—его права въ отношеніи къ залогу, вообще говоря, одинаковы. Съ другой стороны владѣніе не есть исключительная принадлежность одного вида залога; его получаетъ и ипотекарный вѣритель въ силу своего закладнаго права. Когда должникъ находится in mora solvendi, т. е. когда по прошествіи срока онъ не удовлетворяетъ залоговѣрителя, то онъ можетъ посредствомъ actio hypothecaria требовать передачи заложенной вещи во владѣніе. Но не только по прошествіи срока, даже и прежде его, если этого требуетъ его интересъ, когда напр. распоряженія залогодателя заложенною вещію угрожаютъ опасностію обезпеченію, онъ можетъ получить владѣніе. Pignoris persecutio, которое in rem nudam tamen possessionem avocat, имѣетъ мѣсто,

---

24) L. 17 § 5 D. de pign. act. 13, 7 ср. Dernburg, I стр. 141.

25) Pandecten § 320.

26) Stölzel cit. стр. 384. Brinz. Pand. I стр. 315.

si nondum dies pensionis venit et medio tempore, quia interest mea [27]).

Владѣніе, пріобрѣтаемое залоговѣрителемъ ипотекарнымъ, въ этихъ случаяхъ не есть только detentio, какъ утверждаетъ напр. Вангеровъ. Это то же самое владѣніе, какое существуетъ у залоговѣрителя, когда закладываніе совершается въ формѣ pignus. Когда устанавляется залогъ въ формѣ pignus, владѣніе у залоговѣрителя есть юридическое [28]), защищаемое интердиктами даже и тогда, когда онъ упражняетъ его чрезъ представителя [29]), съ однимъ исключеніемъ, что посредствомъ давности заложенная вещь не можетъ быть имъ пріобрѣтена въ собственность [30]). Точно такого же характера бываетъ владѣніе, когда ипотекарный залоговѣритель получаетъ владѣніе заложенной вещи. Что ипотекарный залоговѣритель именно такого характера получаетъ владѣніе, это доказываетъ то, что interdictum Salvianum, посредствомъ котораго ипотекарный залоговѣритель въ отдѣльныхъ случаяхъ могъ требовать владѣніе обозначается римскими юристами, какъ interdictum adipiscendae possessionis [31]), такъ что въ этомъ случаѣ въ техническомъ значеніи possessio не можетъ быть никакого сомнѣнія [32]). Тоже самое доказываетъ и actio Serviana, о которой говорится:

---

27) L. 14 pr. D. de pign. 20, 1. Stölzel, cit. стр. 376—378.

28) L. 13 § 1 D. de Publ. in rem. a. 6, 2. l. 14 § 3 D. de div. praescr. 44, 3 и др. Ср. Dernburg, II not. 1. Противъ юридическаго владѣнія нисколько не говорятъ l. 15 § 2 D. qui satisdare cog. 2, 8 и l. 7 C. de praescr. ann. 7, 39 см. Dernburg, II стр. 51—53.

29) L. 14 § 3 D. de div. tempor. praescr. 44, 3.

30) L. 16 D. de usurp. et. usuc. 41, 3. l. 13 pr. D. de usurp. et usuc. 41, 3: Pignori rem ecceptam usu non capiamus, quia pro alieno possidemus.

31) Gai. IV § 147.

32) § 3 I. de interd. 4, 15. l. 2 § 3 D. eod. 43, 1.

— Serviana—etsi in rem actio est, nudam tamen possessionem avocat [33])

и въ другомъ мѣстѣ

— utilem actionem (Servianam) competere per quam dimidiam partem possessionis adprehendant singuli [34]).

«Само собою разумѣется, говоритъ Брунсъ [35]), что actio Serviana не можетъ доставить вѣрителю менѣе, чѣмъ interdictum Salvianum». Въ источникахъ и объ ипотекарномъ залоговѣрителѣ чрезъ pignus говорится: «possidet» [36]). Если бы ипотекарный залоговѣритель не получалъ юридическаго владѣнія, какое бы у него было тогда юридическое средство для удержанія владѣнія? *Объ особенныхъ интердиктахъ*, которые были бы даны собственно для его защиты, въ источникахъ нигдѣ не говорится [37]). Подобный характеръ владѣніе имѣетъ не только въ конвенціональной ипотекѣ, но и въ легальной, такъ какъ она посредствомъ фикціи считалось у римскихъ юристовъ за конвенціональную [38]). Какъ доказательство въ пользу мнѣнія, что ипотекарный залоговѣритель пріобрѣтаетъ только detentio Вангеровъ приводитъ то, что missus in possessionem имѣетъ только detentio, хотя, какъ извѣстно, посредствомъ missio, возникало такъ наз. преторское *закладное право*. Но между missiones и закладнымъ правомъ существуетъ большее различіе. «Pignus и mis-

---

33) L. 66 pr. D. de evectionibus 21, 2. Выраженіе nudam possessionem avocat не указываетъ на detentio. Оно стоитъ въ противоположеніи къ тому случаю, когда говорится о самомъ *правѣ* Lang, über die Natur des Pfandrechts Archiv f. de civ. Praxis 1846 г. стр. 377.

34) L. 10 D. de pignor. 20, 1.

35) Das Recht des Besitses 1848 1 c.

36) L. 12 pr. D. qui pot. 20, 4.

37) Dernburg, II стр. 54.

38) L. 2. l. 5 D. de pact. 2. 14, l. 6 D. in quib. caus. 20, 2

sio, говоритъ Бахофенъ [39]), вполнѣ различны. Оба покоятся на особенныхъ основаніяхъ». Въ messiones, напр. для реализаціи противоположныхъ личныхъ обязательствъ, существуютъ не actiones pigneraticiae, какъ въ закладномъ правѣ, а особые иски, actiones in factum [40]). Missus въ нихъ не отвѣчаетъ за culpa, какъ въ закладномъ правѣ [41]); онъ не имѣетъ поссессорныхъ интердиктовъ, но особый интердиктъ: ne vis fiat ei qui in possessionem missus erit [42]). Собственно онъ не получалъ и самостоятельной detentio, но только custodiam и observationem [43]). У него не существовало и права продажи, кромѣ случая missio rei servandae. Но и bonorum venditio не имѣетъ сходства съ продажею обыкновеннаго залога. Вслѣдствіе этого различія и римскими юристами сначалѣ messiones не считались за pignus, но только уподоблялись ему, какъ видно изъ выраженій exemplo pignorum [44]), vice pignoris [45]), pro pignore [46]). Хотя Юстиніанъ, слѣдуя отдѣльнымъ попыткамъ нѣкоторыхъ юристовъ перенести понятіе залога на missiones, присвоилъ и вѣрителю преторскаго закладнаго права ипотекарный искъ [47]), но чрезъ это pignus praetorium не былъ еще совершенно уравненъ съ настоящимъ залогомъ. Искъ былъ присвоенъ только одному случаю—missio rei servandae causa. Но и missio rei servandae causa не была вполнѣ уравнена съ настоящимъ залогомъ. Вся прежняя теорія, насколько она не стояла въ связи съ искомъ,

---

39) Pfandr. стр. 426.

40) L. 9 D. de reb. auctor. jud. poss. 42. 5, l. 15 § 34 D. de damn. inf. 39, 2.

41) L. 15 § 30 D. de damn. inf. 39, 2.

42) Tit. Dig. 43, 4.

43) L. 5 pr. D. ut in poss leg. 36, 4, l. 15 § 20 de damn. inf. 39. 2, l. 12 D. quib. ex caus. in poss. 42, 4.

44) L. 5 § 21 D. ut in poss. 36, 4.

45) L. 18 § 6 D. fam. erc. 10, 2.

46) L. 23 D. de pec. 15, 1.

47) L. 2 C. de praetorio pignore VIII, 22. Ср. Bachofen, стр. 465 и слѣд.

осталось нетронутою [48]). Изъ сказаннаго уже о missiones видно, что для рѣшенія какого бы то ни было вопроса закладнаго права нельзя приводить въ подтвержденіе missiones.

Все различіе и относительно владѣнія между pignus и hypotheca сводится единственно лишь къ тому, что при установленіи залога въ первой формѣ залоговѣритель пріобрѣтаетъ владѣніе вещью въ *минуту* установленія залога, во второй же ему лишь предоставляется возможность пріобрѣсти *владѣніе*.

Но въ этомъ единственно и состоитъ все различіе обѣихъ формъ залога: pignus и hypotheca.

---

48) Bachofen, cit. стр. 480.

ОГЛАВЛЕНІЕ.

		Стр.
ГЛАВА I.	Исторія образованія закладнаго права	5.
ГЛАВА II.	Понятіе закладнаго права . .	56.
ГЛАВА III.	Отличіе закладнаго права отъ другихъ правъ на чужую вещь . .	124.
ГЛАВА IV.	Виды закладнаго права . .	142.

ЗАМѢЧЕННЫЯ ОПЕЧАТКИ.

Стран.	Строк.	Напечатано.	Должно быть.
8	4 сн. прим.	Эти два рода	«Два рода
18	11 св.	imaginario	imaginaria
23	6 сн. прим.	L. 3 C. 8, 38	L. 3 C. 8, 35
25	15 — —	Cicer de offic. III. 15 § 16	Cicer dë offic. III. 16 § 65
27	10 св.	дѣйствовала	дѣйствовало
28	16 сн. прим.	L. 35 § 61 D. 13, 7.	L. 35 § 1 D. 13, 7.
37	17 — —	obllgatae	obligatae
41	3 сн.	лержать	держать
43	3 сн. прим.	colon	coloni
49	3 сн.	perigrinus	peregrinus
58	1 св	подходятъ	подходитъ
68	9 —	на самой	но самой
—	17 —	L. 31 D. de pign. 20, 7	L. 31 D. de pign. 20, 1
82	10 —	чревращается	превращается
97	15 сн. прим.	resm ancipi	res mancipi


2007043214